



UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA
FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER UNIVERSITARIO EN ESTUDIOS INTERNACIONALES

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL
RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN.
ESTUDIO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA Y EN
DERECHO COMPARADO.

Ángela Vieites González

Tutor: Santiago Álvarez González

SANTIAGO DE COMPOSTELA

2017/2018

Resumen

El contrato de gestación por sustitución está declarado nulo de pleno derecho en España por la Ley 14/2006 referida a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Por otro lado, la disparidad normativa actualmente existente en el mundo incita a los nacionales de Estados donde la gestación por sustitución no se permite a desplazarse internacionalmente buscando ordenamientos jurídicos permisivos. El reconocimiento en España de la filiación de estos menores, establecida por autoridades extranjeras, ha generado un intenso debate.

Palabras clave: gestación por sustitución, filiación, reconocimiento, derecho comparado, derecho internacional privado, interés superior del menor, orden público, Dirección General de los Registros y del Notariado, Tribunal Supremo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Resumo

O contrato de xestación por sustitución está declarado nulo de pleno dereito en España pola Lei 14/2006 referida ás Técnicas de Reprodución Humana Asistida. Por outro lado, a disparidade normativa actualmente existente no mundo incita aos nacionais de Estados onde a xestación por susitución non se permite, desprácense internacionalmente na búsqueda de ordenamentos xurídicos permisíbeis. O recoñecemento en España da filiación destes menores, establecida polas autoridades estranxeiras, xerou un intenso debate.

Palabras clave: xestación por sustitución, filiación, recoñecemento, dereito comparado, dereito internacional privado, interese superior do menor, orden público, Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado, Tribunal Supremo, Tribunal Europeo de Dereitos Humanos.

Abstract

The surrogate pregnancy contract is declared void of full rights based on Spain's law 14/2006 regarding Assisted Human Reproduction Techniques. By contrast, the currently regulatory disparity existing throughout the world encourages nationals of States where surrogacy is not allowed to move internationally seeking legal permissive systems. The acknowledgement in Spain of the filiation of these minors, established by foreign authorities, has generated an intense debate.

Key words: surrogacy, affiliation, acknowledgement, comparative law, Privative International law, supreme interest of the child, public order, General Directorate of Registries and Notaries, Supreme Court, European Court of Human Rights.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
1.1. TURISMO REPRODUCTIVO INTERNACIONAL.....	7
1.2. DISPARIDAD TERMINOLÓGICA EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	10
2. CONCEPTO Y BASES DE LA GESTACIÓN POR SUSITUCIÓN.....	13
2.1. DEFINICIÓN.....	13
2.2. PARTES.....	14
2.2.1. COMITENTES.....	15
2.2.2. MUJER GESTANTE.....	15
2.2.3. DONANTES DEL MATERIAL GENÉTICO.....	15
2.2.4. EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO.....	15
2.2.5. AGENCIAS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	16
2.3. MODALIDADES DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	17
2.3.1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL.....	17
2.3.2. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRADICIONAL.....	18
3. CONTEXTO LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA MISMA.....	19
3.1. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	19
3.1.1. LEY 14/2006 DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	19
3.1.2. CODIGO PENAL.....	23
3.1.3. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	23
3.1.4. PROPOSICIÓN DE LEY DE CIUDADANOS.....	33
3.2. DERECHO COMPARADO.....	36
3.2.1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN “ILEGAL”.....	36
3.2.2. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN LEGAL.....	39
3.2.2.1. SÓLO SI ES ALTRUISTA.....	39
3.2.2.2. TANTO ONEROSA COMO ALTRUISTA.....	42
4. CASOS PRÁCTICOS.....	46
4.1. PRÁCTICA ESPAÑOLA.....	46
4.1.1. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DEL 18 DE FEBRERO DE 2009.....	47

4.1.2.	SENTENCIA NÚMERO 193/2010 DE 15 DE SEPTIEMBRE, DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE VALENCIA Y EL RECURSO ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL.	56
4.1.3.	INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.....	61
4.1.4.	SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014 Y AUTO DE 2 DE FEBRERO DE 2015.....	66
4.1.5.	BREVE REFERENCIA A LOS TRIBUNALES DE LO SOCIAL.	77
4.2.	PRÁCTICA COMPARADA.	79
4.2.1.	FRANCIA.....	79
4.2.2.	ALEMANIA.....	82
4.2.3.	ITALIA.....	86
5.	TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	88
5.1.	CASOS LABASSÉE Y MENNESSON.	89
5.2.	CASOS FOULON Y BOUVET Y CASO LABORIE.	93
5.3.	CASOS PARADISO E CAMPANELLI.	95
6.	CONCLUSIONES.....	99
7.	BIBLIOGRAFÍA.....	103

1. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo se tratará de ofrecer un estudio pormenorizado de la situación de la gestación por sustitución en España. Como se verá a lo largo del mismo, esta práctica no está vista con buenos ojos por el ordenamiento jurídico español, lo cual puede provocar numerosos problemas cuando se busca que las consecuencias derivadas del contrato de gestión subrogada se vean satisfechas dentro de nuestras fronteras. En concreto, el objetivo primordial es analizar e intentar arrojar algo de luz a la compleja situación registral existente cuando se pretende reconocer la filiación de un menor –fruto de la gestación subrogada- establecida por las autoridades extranjeras.

Para ello, en primer lugar se presentará la figura a estudiar, brevemente definiéndola y presentando las partes que la conforman para obtener una mejor comprensión de la misma. No se profundizará en cuestiones éticas y políticas como si existe el derecho a procrear, si la gestación subrogada supone un abuso sobre la mujer o si el menor es objeto de compraventa, dado que lo que se pretende es centrarse en un análisis jurídico y jurisprudencial. Sin embargo, algunos de estos aspectos sí serán mencionados dado la controversia que generan estos contratos, traída a colación por la doctrina y los tribunales en muchas ocasiones para justificar sus decisiones.

Seguidamente se examinará la legislación española al respecto de esta técnica y las normas de Derecho Internacional privado aplicables en asuntos internacionales de reconocimiento de filiación, con hincapié en las leyes del Registro Civil. Además, se ofrecerá un breve estudio de las normas sustantivas de diferentes países relativas a la gestación por sustitución, y cuya disparidad origina en gran parte el problema tratado.

Por último, el grueso de este trabajo será el análisis de la práctica jurisprudencial y registral generada en España a la luz de un caso concreto, que versa sobre el reconocimiento de la filiación establecida por las autoridades californianas a favor de los padres intencionales, y cómo este se soluciona –o deja de solucionar- por las autoridades españolas. Para completar, se mencionará sucintamente lo que sucede al respecto en algunos países de nuestro entorno, para terminar con un examen ya más a fondo, de la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en estos casos, mediante el análisis de algunos de ellos.

1.1. TURISMO REPRODUCTIVO INTERNACIONAL.

Cuando se menciona el concepto de gestación subrogada, inevitablemente vienen a la mente métodos modernos y de tecnología avanzada, que permiten engendrar descendencia a aquellas personas y parejas que naturalmente son estériles. Se piensa en la contemporaneidad del siglo XXI y en sociedades de mente abierta. Pues esta es una idea equivocada.

La mención más temprana que se realiza a esta figura, al menos a la conocida como gestación tradicional que se explicará más adelante, tiene lugar en las mismísimas sagradas escrituras. Exactamente en el Antiguo Testamento, en Génesis 16, en los versículos 1 al 15 se cuenta la historia de cómo Sarai, mujer de Abraham, ante la imposibilidad de ella de darle algún hijo, le ofrece a su sierva egipcia Agar,¹ que finalmente da a luz a Ismael.

De esta forma, hasta la introducción de técnicas asistidas de reproducción modernas, este modo tradicional de gestación era el único existente y su objetivo era ayudar a las mujeres que no tenían útero o anomalías en el mismo que les impedían tener hijos. En años más recientes, la inseminación artificial, ya sea intracervical o intrauterina, se ha utilizado para inseminar anfitrionas subrogadas con el semen de la pareja masculina de la pareja que desea tener al niño; siendo esto más socialmente aceptable que por la "forma natural"².

Nuevos métodos han permitido que parejas puedan usar sus propios gametos para crear sus propios embriones, que serán transferidos a otra persona para que ésta lleve a cabo su gestación. Esto significa que, aunque la mujer de la pareja no pueda alojar al feto por imposibilidades biológicas, de tener óvulos fértiles, es posible que tenga su propia descendencia genética. Es por ello que los vientres de alquiler se han convertido en una opción atractiva para estas personas o parejas –heterosexuales o no-. Este procedimiento

¹ GEN. 16:2: “Entonces Sarai dijo a Abram: He aquí que el Señor me ha impedido tener hijos. Llégate, te ruego, a mi sierva; quizá por medio de ella yo tenga hijos.”

² BRINSDEN, P. R., “Gestational surrogacy”, *Human Reproduction Update*, 2003, vol.9, núm. 5 pp. 483-491.

no está visto con buenos ojos en todos los lugares. Las diferencias legislativas abismales entre los distintos países y el deseo de los interesados en tener hijos propios, crea situaciones y conflictos muy controvertidos a la hora de aceptar estos contratos de gestación y el resultado de los mismos, los bebés nacidos y su filiación.

Debido a la diversidad en la regulación de la materia, en estas últimas décadas ha tenido lugar un fenómeno que se conoce como “turismo reproductivo” o similares. Este se produce cuando nacionales de un país viajan a otros para acceder a técnicas de reproducción asistida que en su país de origen no son legales. La European Society of Human Reproduction and Embryology³ ha criticado la utilización del término turismo reproductivo porque banaliza las razones por las que las personas acceden a las técnicas de reproducción asistida, y prefiere la utilización del concepto “cross-border reproductive care”⁴.

La forma en que un sistema jurídico conceptualiza su versión de la relación entre el comercio y la reproducción refleja, en última instancia, la comprensión que la misma tiene de sus propios valores. También refleja la comprensión del Estado sobre su papel y sus responsabilidades con respecto a su gente⁵. El encuadre de las leyes sobre la gestación subrogada modela simultáneamente la evolución de la industria de la maternidad subrogada, y las mismas leyes están moldeadas por la misma industria. Una nación con leyes que desfavorecen a la gestante y que favorecen al cliente es un destino más atractivo para un turista reproductivo que busca la menor cantidad de barreras legales⁶.

Es esta legislación, permisiva en unos Estados y prohibitiva en otros, lo que empuja a la gente a buscar aquella solución que le resulte más favorable, aún se encuentre en el extranjero. Los motivos son diversos –motivos que se mencionarán en los epígrafes siguientes-, pero Deonandan divide a este tipo de turistas en dos tipos: los sensibles con

³ Esta organización sin ánimo de lucro, fundada en 1985 por Robert Edwards y J. Cohen, busca promover el entendimiento de la biología reproductiva y la medicina, así como facilitar la investigación y divulgación de los resultados de la misma en reproducción humana y embriología al público en general, científicos, médicos y asociaciones de pacientes.

⁴ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, vol. 3, julio 2012, p. 22.

⁵ DEONANDAN R., BENTE A., “India’s assisted reproduction bill and the maternal surrogacy industry”, *Int Rev Soc Sci Humanit*, 2012, 4(1) pp. 169–173.

⁶ DEONANDAN R, GREEN S, VAN BEINUM A., “Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism”, *J Med Ethics*, 2012, 38(12), pp.742–745.

la calidad y los sensibles con el precio⁷. En el apartado de derecho comparado se hablará cómo en algunos países se critica la situación de la mujer gestante, muchas veces explotada y maltratada, por lo que el legislador está empezando a moverse buscando evitar este turismo reproductivo.

Este es un fenómeno global que debe ser entendido como tal y que requiere un marco de trabajo internacional. La Oficina Permanente de la Haya estima que la industria entorno a la gestación subrogada creció en un mil por ciento entre los años 2006 y 2010, y de hecho, el número de este tipo de contratos ha continuado creciendo de manera significativa en el primer lustro desde el 2010⁸. Tan sólo en la India, el negocio giraba en torno los 400 millones de dólares anuales⁹. En los Estados Unidos, con California y Nueva Jersey liderando la lista de Estados que permiten los vientres de alquiler, tienen lugar en cada uno unos 100 alumbramientos al año¹⁰. La evidencia sugiere que Tailandia, Ucrania y Rusia son otros destinos populares para una clientela internacional, mientras que México, Nepal, y Georgia están ganando rápidamente una reputación similar¹¹.

La Unión Europea se ha movido tímidamente en este aspecto. La Directiva 2011/24/UE de asistencia sanitaria transfronteriza¹², configura un nuevo marco que amplía las posibilidades de asistencia sanitaria en los países del espacio europeo, al garantizar el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a recibir asistencia sanitaria segura y de calidad, tanto en el ámbito público como en el privado de otro Estado

7 DEONANDAN R., “Recent trends in reproductive tourism and international surrogacy: ethical considerations and challenges for policy”, *Risk Manag Healthc Policy*, 2015, núm. 8, pp. 111–119. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4544809/#b23-rmhp-8-111> [última consulta 03/03/18]

⁸ PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Study of Legal Parentage and Issues Arising From International Surrogacy Arrangements*, Preliminary Document no. 3 C, marzo 2014.

⁹ BHALLA N, THAPLIYAL M., “Foreigners are flocking to India to rent wombs and grow surrogate babies”, 2013. Disponible en: <http://www.businessinsider.com/india-surrogate-mother-industry-2013-9?IR=T> [última consulta 03/03/18]

¹⁰ GUGUCHEVA M. “Surrogacy in America”, *Cambridge (MA): Council for Responsible Genetics*, 2010. Disponible en: <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pagedocuments/kaevej0a1m.pdf> [última consulta 03/03/18]

¹¹ CHEUNG H., “Surrogate babies: where can you have them, and is it legal?”, 2014. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/world-28679020> [última consulta 09/03/18]

¹² Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, 2011 (DOUE de 4 de marzo de 2011), transpuesta a nuestro ordenamiento fuera de plazo a través del Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. (BOE núm. 34, de 8 de febrero de 2014).

miembro de la Unión, abriendo una nueva ventana a lo que se llama turismo sanitario. Los tres casos principales en los que suele concurrir este fenómeno son el aborto, el suicidio asistido y las tecnologías o servicios reproductivos, donde podría incluirse la maternidad subrogada¹³. No obstante esto debe ser matizado, pues muchos Estados donde ésta está permitida exigen un arraigo con el propio país, por lo que ya no se trataría de turismo propiamente dicho.

1.2. DISPARIDAD TERMINOLÓGICA EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

La primera cuestión que se presenta en torno al tema que estamos a tratar es establecer una denominación clara, adecuada y lo más neutra posible. El empleo de un término u otro en temas de gran trascendencia y sensibilidad social como el que nos ocupa, supondría impregnar el análisis de esta figura con matices ideológicos que podrían perjudicar la obtención de resultados desde el inicio mismo de su estudio¹⁴.

En primer lugar, encontramos una serie de acepciones como: vientres de alquiler, alquiler de útero o gestación por encargo, entre otros. La utilización de estos términos implica que ha de existir una contraprestación económica, lo cual no es una característica necesariamente propia de esta figura. No siempre existe un lucro por parte de la mujer gestante. Estas acepciones pueden teñir el debate con un tono peyorativo. Términos como “alquiler de útero” encuentran numerosos detractores, entre ellos Pérez Mongue, que opina que dicha denominación “ha de ser criticada por su incorrección y falta de precisión, ya que la gestación es un concepto mucho más amplio, y supone la puesta a disposición de todo el ser de la gestante para atender su embarazo”¹⁵.

¹³ GARCÍA AMEZ, J. y MARTÍN AYALA, M., “Turismo reproductivo y maternidad subrogada”, *Vol.27 Extraordinario XXVI Congreso 2017*, pp. 200-208, p. 203.

¹⁴ ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *II Congreso Derecho de Familia Internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, 2016.

¹⁵ PEREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2002, pp. 424, p. 331.

Delclós también aboga por el abandono del término “alquiler”, también rechazada por Sánchez Aristi¹⁶. En su artículo de opinión, el primero, da voz a numerosos lectores que han sido “padres” por medio de este método. Éstos se muestran muy críticos y dolidos con el uso de dichas expresiones, que consideran vulgares y soeces, además de un ataque contra la dignidad de la mujer gestante y sus propias familias. Prefieren el uso de los nombres técnicos como gestación subrogada o gestación por sustitución. Delclós lo recapitula todo, y, si bien no defiende “la instalación de eufemismos incomprensibles en beneficio de lo políticamente correcto”¹⁷, sí considera uno de los principales argumentos, y es que el concepto “alquiler” cosifica el cuerpo femenino, en cuanto que, aunque “la Real Academia admite el término como verbo pronominal, el sentido general asocia el alquiler a cosas o servicios”¹⁸.

Por otro lado, distinguimos términos como maternidad subrogada, maternidad sustituta, maternidad portadora¹⁹ y similares. El concepto de maternidad nos conduce a la aplicación del principio *mater semper certa est*, expresión latina que remonta al mismo derecho romano, y según la cual se evidencia como hecho inimpugnable que la madre es siempre aquélla que da a luz²⁰. Sin embargo, existen figuras que desacreditan este principio, como puede ser la adopción.

A pesar de que un gran número de autores emplean el término de “maternidad subrogada”, las críticas al mismo son equiparables. Fernández-Pacheco acusa la débil precisión del término y más bien periodístico²¹. La inidoneidad del mismo se argumenta en la confrontación que se produce cuando hay aportación genética de la madre portadora o en la amplia y extensa realidad que abarca el concepto de maternidad, y que no se puede

¹⁶ SÁNCHEZ ARISTI, R., “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, *Revista Humanidades Médicas*, 2010, núm. 49, pp. 1-31.

¹⁷ DELCLÓS, T., “¿Puede alquilarse un vientre?”, 27 de julio de 2014. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/07/25/opinion/1406307767_057258.html [última consulta 13/02/18]

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Término usado por el “Comité of Experts on Genetic Engineering”, creado por el Consejo de Europa en 1982, para referirse a la “técnica que consiste en que una mujer lleva en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento para beneficio de otra mujer o pareja”.

²⁰ BLANCO-MORALES LIMONES, P. “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, *Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura*, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32.

²¹ FERNÁNDEZ-PACHECO, M^a.T., “La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de Baby M.”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5 de mayo de 1988, pp. 647-683, p. 649.

reducir al mismo nivel que la mera gestación, dado que la primera dura toda la vida. Además, aquello que se subroga es la gestación, no la maternidad.

En opinión de la profesora Souto Galván, la denominación más apropiada –y que seguiremos– es aquella empleada por la Comisión especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios): “gestación por sustitución”²², dado que es el término que se adecua en mayor grado a la situación real que la comprendida por el resto de los términos mencionados anteriormente. Esta expresión también es defendida por Sánchez Aristi, entre otros, “la cual carece de connotaciones que sugieran una suerte de jerarquía entre distintas categorías de madres”²³.

A pesar de ello, Souto Galván avisa de que no es una denominación exenta de problemática, dado que cabe la posibilidad de que se planteen objeciones en caso de que la mujer que lleve a cabo la gestación aporte material genético, asumiendo en consecuencia la maternidad biológica²⁴.

La razón por la que se decida a emplear el término sustitución en lugar de subrogación, es porque este último se considera jurídicamente incorrecto, dado que no abarca la mayor cantidad de supuestos posibles. Si nos centramos en la definición que otorga la Real Academia, subrogar es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que actualmente se relaciona con aquellas situaciones en las que la mujer gestante aporta tanto el material genético como la matriz en la que se lleva a cabo la gestación²⁵, algo no estrictamente necesario.

Sin embargo, el conflicto también se traslada a la propia noción de gestación por sustitución, algo que será tratado en el siguiente epígrafe.

²² SOUTO GALVÁN, B. “Aproximación al estudio de la Gestación de Sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas Sociales*, Madrid, Nueva Época, núm. 1/2005, pp. 275-292, p. 277.

²³ SÁNCHEZ ARISTI, R., “La gestación por sustitución...”, op. cit., p. 14.

²⁴ SOUTO GALVÁN, B. op. cit., p. 277.

²⁵ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013, p. 25.

2. CONCEPTO Y BASES DE LA GESTACIÓN POR SUSITUCIÓN.

2.1. DEFINICIÓN.

Una vez escogida la que se considera la denominación más adecuada e imparcial, se debe proceder a su definición, lo más apropiada e inclusiva posible. Para ello, debemos entender de qué se trata y en qué consiste.

La gestación por sustitución se engloba dentro de las técnicas de reproducción humana asistida por terceros y, hay quien discute si a mayores, se trata de un “acto social”, en cuanto que no podemos olvidarnos, además de las partes principales del proceso que más adelante se verán, la posible pareja de la mujer gestante o portadora, e incluso los hijos que ésta ya tenga, que, si bien no forman parte del proyecto, la puesta en marcha del mismo no puede llevarse a cabo sin implicar consecuencias en la relación con la pareja y/o hijos con la mujer gestante²⁶.

Retomando la rama médica, en la actualidad se distinguen varias técnicas de reproducción humana asistida²⁷, siendo las más conocidas la donación de gametos - donación de óvulos y de espermatozoides-, la donación de embriones, la donación de citoplasma y de mitocondrias y la donación de útero. Dentro de esta última se diferencian dos modalidades. En primer lugar, el trasplante de útero -del órgano en su totalidad en el cuerpo del receptor-, y, en segundo lugar, la gestación por sustitución, entendiéndose como la donación temporal de la capacidad gestacional del útero.

La figura de la gestación por sustitución ha ido evolucionando con el tiempo, a la par tanto del avance de la ciencia como del de la propia sociedad, y con ella, su definición. La mayoría no incluyen todos los supuestos posibles de esta práctica, bien dado que únicamente se contempla la posibilidad de que la gestante también aporte sus propios gametos o, debido a que sólo se consideran como padres comitentes a parejas, en numerosas ocasiones heterosexuales e, incluso, casadas. Por esta razón, sólo serán exploradas a aquéllas que resultan más completas y apropiadas.

²⁶ BICLET, P., “La gestation pour autrui”, *Médecine & Droit* 2014, 2014, pp. 56–58.

²⁷ PÉREZ GÓMEZ, J.M., RUEDA SILVA, D. “La investigación y experimentación genética humana en la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 12/2002, Ed. Aranzadi, 2002.

Estos requisitos los cumple la definición dada por la Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, en la que establece – de forma prácticamente idéntica a la de Pérez Mongue²⁸ - que la gestación por sustitución “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”²⁹.

La misma línea siguen las definiciones de Vela Sánchez³⁰ y Trimmings y Beaumont centrándose en la mujer gestante³¹, siendo la de estos últimos más simple, pero flexible en cuanto permite varios supuestos.

2.2. PARTES.

De las definiciones proporcionadas previamente se desprenden varios factores, entre ellos las partes que intervienen en el proceso de la gestación por sustitución:

²⁸ Pérez Mongue redacta: “... podría definirse el contrato de maternidad subrogada, en sentido amplio, como aquel contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos”. En: PEREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Madrid, 2002, pp. 424, p. 329.

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 949/2011 de 23 de noviembre de 2011, FJ 1º.

³⁰ “... negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la concepción —mediante técnicas de reproducción asistida— y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido —cuyo origen biológico debe constar claramente— a los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos legalmente, a saber, los casos de personas infértiles que, por sus condiciones de homosexualidad u otras circunstancias, tengan vedada o muy difícil la adopción”. En: VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho”, *Diario La Ley*, núm. 8055, 2013, p. 2.

³¹ “...la madre subrogada es aquella que porta a un niño como consecuencia de un contrato realizado con anterioridad a quedarse embarazada y con la única finalidad de entregar dicho bebé a la persona o personas que encargaron dicho niño. Además, la madre subrogada renuncia a todos los derechos sobre el niño”. En: TRIMMINGS K. y BEAUMONT P., “International surrogacy agreements: an urgent need for legal regulation at the international level”, *Journal of Private International Law*, 7:3, pp. 627-647, p. 632.

2.2.1. COMITENTES.

También conocidos como padres intencionales o padres de intención. Son los padres legales del infante gestado en virtud del contrato de gestación por sustitución. Las razones por las que el comitente o comitentes acuden a este tipo de técnicas para encauzar la gestación son múltiples, aunque se puede enumerar a tres como las principales: razones fisiológicas -como pueden ser la infertilidad, enfermedades o problemas genéticos que imposibilitan la gestación del embrión por parte la mujer-, por imposibilidad biológica manifiesta -es el caso de las parejas de homosexuales formadas por varones- y otros motivos -dificultades en el proceso de adopción, deseo de mantener un vínculo genético con el bebé o motivaciones estéticas o profesionales relacionadas con los cambios que sufre el cuerpo de la mujer-.

2.2.2. MUJER GESTANTE.

La mujer gestante o gestante subrogada, es aquella que dona la capacidad de gestación de su útero al comitente o comitentes. Sus alicientes para ofrecerse al proceso suelen ser de índole sentimental -engloba el altruismo- o económica -su objetivo es obtener una contraprestación-.

2.2.3. DONANTES DEL MATERIAL GENÉTICO.

Como se estudiará más adelante, habrá ocasiones en las que el material genético pueda provenir de donantes que sean personas diferentes tanto a los padres intencionales, como a la mujer gestante, dependiendo de la modalidad de gestación por sustitución que se lleve a cabo³².

2.2.4. EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO.

Es el conjunto de profesionales comprometido a llevar a cabo, vigilar y velar por el éxito del proceso de la gestación por sustitución. Además del equipo médico, constituido por ginecólogos y médicos clínicos -encargados de la implantación del

³² Véase punto 2.3.

embrión en la mujer gestante-, este equipo multidisciplinario puede contar con otro tipo de profesionales como psicólogos, abogados y trabajadores sociales.³³

2.2.5. AGENCIAS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Son agencias dedicadas a supervisar el proceso de gestación por sustitución, y que actúan como intermediarios entre la familia comitente y la mujer gestante.

En lo que se refiere a España, debido a la legislación actual³⁴, resulta cuanto menos curiosa la actividad de dichas agencias, no resultando descabellada la discusión de la posible existencia de un fraude de ley³⁵. El informe del Comité de Bioética avisa de que en el contexto jurídico actual, entre la falta de regulación y la impunidad, "las agencias mediadoras en gestación por sustitución han organizado o participado en España en "ferias" para dar a conocer y promocionar sus servicios. Esto significa que han obtenido los permisos administrativos correspondientes y que tanto la Administración como la propia fiscalía no han hecho nada por evitar que se dé publicidad, visibilidad y visos de normalidad a una actividad que implica la celebración de contratos que son nulos de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico y que pueden llevar aparejada responsabilidad jurídica"³⁶.

No es el objetivo de este trabajo discutir sobre la legalidad, de tendencia oscura, de este tipo de agencias. A pesar de ello, sí es necesario recalcarlo en la medida que

³³ LAMM, E., *loc. Cit.*, p. 253.

³⁴ La gestación por sustitución no está permitida legislativamente en España porque contradice su orden público, de modo que los contratos celebrados para dicho fin son nulos de pleno derecho según lo dispuesto por artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006.

³⁵ No sólo por las propias agencias, sino por los propios españoles que se trasladan al extranjero con el objetivo de evadir la legislación española en materia de gestación subrogada (véase apartado 4.1) y lograr una concreta filiación del menor a su favor. La situación descrita más que con un "fraude de ley" (art. 6.4 CC) se corresponde con lo que en DIPr. se conoce como Forum Shopping, consecuencia del principio de exclusividad y de relatividad. El Forum Shopping tiene lugar cuando los sujetos de una relación jurídica privada nacional, la internacionalizan con vistas a encontrar la jurisdicción que más les conviene y conseguir con ello, en la mayoría de las ocasiones, una solución más beneficiosa. En: HERNANDEZ RODRIGUEZ, A., "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, núm. 2, pp. 147-174.

³⁶ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada", 19 de mayo de 2017. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf [última consulta 18/03/18]

futuras incidencias y problemas jurídicos nacen de esta situación, como es la filiación de los bebés fruto de estos contratos nulos en España para con los padres comitentes.

2.3. MODALIDADES DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Dependiendo de la relación genética y de la combinación del propio material genético aportado, se pueden distinguir varias modalidades diferentes de gestación por sustitución, todo ello independientemente de que sea intrafamiliar o extrafamiliar.

2.3.1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL.

La principal característica de esta modalidad es que la mujer gestante únicamente aporta su capacidad gestacional, en ningún caso aporta material genético; por consiguiente, no obtiene relación genética con el feto³⁷. Dentro de este tipo de gestación por sustitución, se dan tres posibles supuestos:

- 1) Que ningún gameto -óvulos ni espermatozoides- sea aportado por los “padres” intencionales o comitentes, de modo que sean aportados por otros donantes o se utilicen embriones donados.
- 2) Que uno de los padres comitentes aporte su material genético, es decir, uno de los gametos -ya sean óvulos o espermatozoides-, mientras que el otro gameto sea aportado por un donante.
- 3) Que ambos gametos -tanto óvulos como espermatozoides- sean aportados por los padres de intención.

³⁷ SALAS CARCELLER, A., “Sobre las relaciones entre la compañera de la madre biológica con el hijo de ésta concebido por inseminación artificial”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011 (parte tribuna). Pamplona, 2011.

La gestación por sustitución gestacional también es conocida como gestación por sustitución plena³⁸, y resulta la más empleada a nivel mundial³⁹. Si bien requiere la utilización de fertilización in vitro o transferencia de embriones (FIV-TE), la dificultad y el exhaustivo control de su procedimiento implica una alta seguridad y protección tanto para el menor gestado, como para la mujer gestante y los padres comitentes.

2.3.2. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRADICIONAL.

La diferencia entre el presente tipo de gestación por sustitución y el anterior es que, en este caso, la mujer gestante aporta, además de su propia capacidad gestacional, sus propios gametos. En consecuencia, la mujer gestante sí posee un vínculo genético con el feto, lo cual significa que la madre intencional -en el caso de haberla- carecería de relación genética con el mismo⁴⁰.

La gestación por sustitución tradicional también se conoce como gestación por sustitución parcial⁴¹. Para proceder a la misma, se suele acudir a la Inseminación Artificial (IA) con el fin lograr el embarazo de la mujer gestante. No obstante, esta modalidad tiene posibilidad de llevarse a cabo con el simple mantenimiento de relaciones sexuales o inseminación casera, razón por la que prácticamente no se emplea, a no ser que se realice al margen de la legalidad.

El inconveniente de este modelo de gestación por sustitución, como ya se ha podido deducir, reside en la existencia de poder acceder a la misma sin ningún tipo de control, pudiendo dar lugar a la explotación de mujeres en estado de necesidad económica, como es el caso de las granjas de cría en la India⁴². Del mismo modo, el hecho

³⁸ HERNANDEZ RODRIGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2014, vol. 6, núm. 2, pp. 147-174, p. 150.

³⁹ En Estados Unidos, en torno al 95% de los procesos de Gestación por Sustitución, con la participación de abogados, son gestacionales. Véase HINSON, D. S., MCBRIEN, M. “Surrogacy Across America”, *Family Advocate*, vol. 34. iss. 2, 2012, p. 32.

⁴⁰ ARCHER, C., “Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights of Children Born or Reproductive Technology”. *Loyola University New Orleans*, 3, 2002, pp. 152 y ss.

⁴¹ HERNANDEZ RODRIGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero...”, op. cit., p. 150.

⁴² AMADOR JIMÉNEZ, M., “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, *Revista CS*, núm. 6, julio-diciembre de 2010, pp. 193-217. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=476348369007> [última consulta 03/03/18]

de que la mujer gestante aporte su propio material genético puede plantear numerosas disputas, tal y como muestra gran cantidad de jurisprudencia internacional⁴³.

3. CONTEXTO LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA MISMA.

3.1. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

3.1.1. LEY 14/2006 DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

El art. 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁴⁴ -de ahora en adelante LTRHA-, igualmente que la anterior Ley 35/1988 de Técnicas de reproducción Asistida, declara:

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

En el primer apartado se recoge una norma meramente obligacional, en la que quizás, debería diferenciarse el precio de la compensación económica. El segundo, en esencia, niega la maternidad a la madre comitente, otorgando la filiación del menor a la mujer gestante. Paradójicamente, el apartado tercero atribuye al padre biológico la

⁴³ El caso más conocido es el de *Baby M -- In Re Baby* 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988)-. Trata de una pareja heterosexual que negocia un contrato de gestación por sustitución a cambio de dinero con otra pareja heterosexual, en la que la mujer es inseminada artificialmente con el material genético del marido de la primera pareja. Cuando nace el niño, la mujer gestante se niega a entregarlo a los padres comitentes, así como a renunciar a la relación materno-filial, incumpliendo el contrato previamente firmado. Finalmente, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey considera que, en atención al interés superior del menor, éste debe convivir con los padres comitentes, pero concede un derecho de visita a la mujer gestante. Otros ejemplos problemáticos de gestación por sustitución tradicional son: *Re Evelyn* (1998) 23 Fam LR 53; *In re Marriage of Moschetta*. 30 Cal. Rptr. 2d 893-903 (1994); “H.L.W. v. J. C. T.” (2005) BCSC 1679 (Can); *Re TT* (Surrogacy) (2011) EWHC 33 (Fam) (2011) 2 FLR 392 y el caso *Donna* (*Rechtbank Utrecht*, del 26 de octubre de 2005, LJN: AU 4934).

⁴⁴ Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, BOE núm. 126, de 27/05/2006.

posibilidad de ejercer una acción de filiación, o que se ejercite frente a él⁴⁵. Por tanto, se daría la situación de un contrato nulo de pleno derecho y la negación de la paternidad o maternidad de los padres intencionales pero, en cambio, se salvaguarda la posibilidad de que el padre biológico ejerza esta acción.

Si se reclama la paternidad en virtud del artículo 10.3, el establecimiento de la filiación biológica paterna no es automático o inmediato, pues requiere reclamar la paternidad acudiendo a los tribunales, siguiendo los medios ordinarios regulados en la legislación española. Estas acciones a las que se refiere el precepto referido son aquellas recogidas en los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁶, que tratan los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad. Es más discutido si previa renuncia a la maternidad de la mujer gestante, el hijo podrá ser adoptado por el otro cónyuge.

Técnicamente la adopción sería posible si se dan las condiciones de que un varón preste su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su pareja con sus gametos y consiga que la gestante preste su asentimiento para la adopción, una vez transcurridas seis semanas desde el parto, tal y como permiten los arts. 176.2.2 y 177.2.2 del Código Civil⁴⁷. Para Cerdà Subirachs, la falta de sanción de la gestación por sustitución posibilitaría que una maternidad subrogada en España pudiese legalizarse por vía de la “adopción express” que se contempla en el art. 176 CC⁴⁸. Sin embargo, esta opción es calificada como absurda por De Verda y Beamonte⁴⁹ y un supuesto flagrante

⁴⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret*, 3/2009, pp. 1-42, p. 5. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf [última consulta 26/02/18]

⁴⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE, núm. 7, de 08/01/2000.

⁴⁷ LLEDÓ YAGÜE, F., “La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, *Anuario de Derecho Civil*, 1998, tomo II, pp. 1256 y ss.

⁴⁸ “El modo de operar esta vía como sucedáneo de la maternidad subrogada es que un hombre casado sea padre biológico con una mujer que no es su esposa y ésta, tras el alumbramiento, preste su consentimiento a la adopción por la vía prevista en el art. 176.2.2.º del CC, excepción que permite bandear en el proceso de adopción el principio general de que para ésta será necesario el correspondiente expediente iniciado por entidad pública. El asentimiento de la madre subrogada a la española debería producirse al menos treinta días después del parto, a tenor del art. 177.2.2 CC. Esta vía de maternidad subrogada ha sido apuntada por diversos autores sin que consten datos ni indicios sobre su práctica.” CERDÀ SUBIRACHS, J. “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”. *Diario La Ley*, núm. 4893, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, pp. 1-9, p. 3.

⁴⁹ “Supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y, si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado?”. En: De Verda y Beamonte, J. R. “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”. *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, pp. 1-7, p. 5.

de fraude de ley por Vela Sánchez, dado que supone acudir a la figura de la adopción para eludir la aplicación del art. 10 LTRHA⁵⁰.

Por lo tanto, es necesario aclarar que el Derecho español no prohíbe la gestación por sustitución⁵¹, simplemente, a efectos civiles, su contrato se considera nulo de pleno derecho –nulidad producida ipso iure y con efectos erga omnes⁵²–, y, en consecuencia, sin eficacia alguna. Es por ello que, la filiación de estos menores nacidos de la técnica de gestación por sustitución será determinada siguiendo las reglas generales.

A Hernández Rodríguez le llama la atención que la LTRHA no prevea entre las normas relativas a las infracciones y sanciones contenidas en la misma (arts. 24 a 27 LTRHA), la realización de la gestación por sustitución. Bien es cierto que de tal práctica, se pudiera derivar una responsabilidad administrativa pero, del centro o clínica privada en la que se llevase a cabo, así como de los facultativos que directamente participaran y de los directores de los centros o servicios por las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de ellos -art. 25 LTRHA-. No obstante, para la Ley, la infracción por parte de los centros o facultativos de la prohibición que contiene el art. 10 LTRHA solo merece la calificación de “infracción leve” -así se deduce del art. 26 LTRHA-⁵³. En la actualidad no es posible encontrar alguna norma que califique esta práctica como una conducta prohibida de forma categórica o que fije alguna sanción al respecto⁵⁴; lo cual sí existía en la Disposición Adicional 2ª del Proyecto de Ley que dio

⁵⁰ VELA SÁNCHEZ, A. J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, pp. 3 y ss.

⁵¹ “Tal y como ya señaló M. Atienza... y un amplio elenco de autores como S. Álvarez González, Jesús Delgado Echeverría o Esther Farnós Amorós, pese a lo que suele ser la creencia habitual, la gestación por sustitución no constituye una conducta prohibida en España. El hecho de que una norma de establezca la nulidad de los contratos de gestación por sustitución no equivale necesariamente a que la celebración de tales contratos constituya una conducta prohibida. Para que la gestación por sustitución realmente estuviera prohibida en nuestro ordenamiento sería necesario que contáramos (dentro de la Ley 14/2006 o en otro lugar) con una norma que la calificase de forma categórica como una conducta prohibida, ilícita o que al menos estableciera algún tipo de sanción para este tipo de prácticas, algo que, a diferencia de otros ordenamientos como el alemán o el italiano, no se contempla, no ya en el artículo 26 de la propia Ley, precepto en el que se recogen los comportamientos sancionables, sino en todo nuestro Derecho positivo actual.” En: HEREDIA CERVANTES, I., “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucioncrónica-de-un-desencuentro> [última consulta 26/02/2018]

⁵² VELA SÁNCHEZ, A. J. *La maternidad subrogada...* p. 41.

⁵³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero...”, op. cit., p. 152.

⁵⁴ ATIENZA, M. “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre de 2009, núm. 27, pp. 52-56.

origen a la Ley previa 35/1988, sin embargo, se eliminó y, por tanto, esa prohibición expresa desapareció.

Finalmente, se puede concluir que del artículo 10 se desprende que España la filiación materna se determina por el parto, y resulta irrelevante la carga genética y biológica⁵⁵ excepto para la fijar la paternidad. “En este contexto, el parto deviene un límite a la autonomía de la voluntad de los progenitores, tan potenciada sin embargo en otros ámbitos de la misma ley”⁵⁶. Además, el niño nacido por esta técnica se puede ver perjudicado en cuando que se verá obligado a depender del cumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la maternidad por parte de una mujer que no tenía intención de ser madre⁵⁷.

Posteriormente, la LTRHA es reformada por la Ley 3/ 2007, de 15 de marzo, de rectificación registral del sexo⁵⁸. Se introduce una modificación en el artículo 7.3, por el cual ahora *"Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge"*. Esto supone una excepción a la tendencia anteriormente descrita, "es madre quien pare", y al mismísimo principio *mater semper certa est*; siempre y cuando se sigan los requisitos dispuestos en la propia ley. Aunque claro, no podemos olvidar que la finalidad de esta disposición es la inclusión y la no discriminación de las parejas del mismo sexo, en este caso, mujeres. Sin embargo, no se puede obviar el hecho de que a la madre no alumbradora se le reconoce una intención o declaración de voluntad de ser progenitor.

⁵⁵El ordenamiento español no toma en consideración el origen del gameto femenino utilizado para la procreación, siendo indiferente que sea el de la propia madre gestante o el de una mujer donante de óvulo;(…) La filiación materna se construye sobre la verdad biológica pero no en el sentido de verdad genético, sino sobre la verdad gestacional (...). HUALDE MANSO, M. T. “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2012, vol. 1, núm. 10, pp. 35-47, p. 39.

⁵⁶ HERNANDEZ RODRIGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero...”, op. cit., p. 152.

⁵⁷ BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 25- 37, pp. 35-37.

⁵⁸ Ley 3/ 2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, BOE núm. 65, de 16/03/2007, pp. 11251- 11253.

3.1.2 CÓDIGO PENAL.

Desde la perspectiva del Derecho punitivo criminal, en los artículos 220 a 222 del Código Penal⁵⁹ -CP-, se regula la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Si bien, en opinión de Lamm en ellos no se tipifica como delito la gestación por sustitución, parte de la doctrina considera que sí se puede dar lugar a la comisión de dos delitos recogidos en el art. 220 CP⁶⁰: suposición de parto –comitente que se atribuye como hijo propio a aquel que legalmente es de la mujer gestante- y ocultación o entrega del hijo –persona que entrega el hijo de la gestante al comitente-. Se atribuyen penas privativas de libertad entre seis meses y dos años, que aumentarán hasta los cinco en caso de mediar contraprestación económica, pues se podría llegar a cometer un delito de compraventa de niños, previsto en el artículo siguiente, el 221 CP⁶¹.

3.1.3 NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Cuando nos enfrentamos a una situación de gestación que proviene del extranjero por sustitución surgen varias incógnitas alrededor de la filiación del menor. El derecho

⁵⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 281, de 24/11/1995.

⁶⁰ Art. 220 CP: “1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.

2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.

3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.

4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.”

⁶¹ Art. 221 CP: “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieran utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.”

internacional privado ofrece soluciones que en muchos casos se quedan cortas y no resultan esclarecedoras. Cabe plantearse entonces dos cuestiones principalmente: ¿qué ley resulta aplicable para determinar la filiación del menor?; y, en caso de que esta haya sido determinada por una autoridad extranjera, ¿sería reconocible ese documento?

En relación con la determinación de la filiación derivada de la gestación por sustitución, de solicitarse la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español, resulta indispensable atender a la norma de conflicto española, el modificado artículo 9.4 del Código Civil⁶² por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁶³. Este nuevo apartado cuarto establece lo siguiente:

"La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños."

El legislador ha establecido tres puntos de conexión ordenados de forma jerarquizada o en cascada. De esta forma, la determinación y el carácter de la filiación se regirán en primer lugar por la ley de la residencia habitual del hijo, conexión que va tomando cada vez más fuerza en el ámbito convencional internacional y en la Unión Europea. Sólo en el caso en que el hijo careciere de residencia habitual o si ésta no permite el establecimiento de la filiación, estos extremos se regularán por la ley de la nacionalidad

⁶² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE núm. 206, de 25/07/1889.

⁶³ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 180, de 29/07/2015.

del hijo⁶⁴. En el caso en que la ley nacional del hijo no permitiera el establecimiento de la filiación o éste careciere de nacionalidad o de residencia habitual, se estará a lo establecido en la ley sustantiva española; es decir, en los artículos 108 y siguientes del CC⁶⁵. En el caso de tener el menor doble nacionalidad, la española y la del Estado en el que nace, el art. 9.9 CC⁶⁶ establece que en caso de no haber convenio aplicable, prevalece la española.

Entonces, de resultar la ley española como la aplicable, no se podría ignorar el art. 10 LTRHA, declarándose nulo el contrato y negándose la inscripción de la filiación en virtud del mismo, y restando la vía del 10.3 para el padre biológico.

Referido a la segunda cuestión planteada, existen normas legales en el Derecho Internacional Privado español que permiten "trasladar" al Registro Civil la filiación de los nacidos mediante la técnica de la gestación por sustitución tal y como consta en la resolución extranjera. Estas normas son el artículo 60⁶⁷ de la Ley 29/2015, de 30 de 3 julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil –LCJIMC-⁶⁸, la Disposición

⁶⁴ Acerca de la interpretación de quiénes son españoles conforme al art. 17 CC, “son españoles los nacidos de español”.

⁶⁵ Son los artículos referidos a la determinación de la filiación (natural o adoptiva, matrimonial o no matrimonial), determinación de los apellidos, patria potestad, efectos de la filiación, acreditación de la misma en el Registro Civil..., entre otros.

⁶⁶ Art. 9.9 CC: “A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida.

Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente.”

⁶⁷ Art. 60. Inscripción de documentos públicos extranjeros: “Los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen.”

⁶⁸ Ley 29/2015, de 30 de 3 julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

Adicional Tercera⁶⁹ de la Ley de Jurisdicción Voluntaria –LJV-⁷⁰ y los artículos 81⁷¹ y 85⁷² del decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil –RRC-⁷³.

En esta forma de determinar la filiación del sujeto nacido mediante técnicas de reproducción asistida y cuya filiación ha sido determinada en el extranjero, se exige que el documento haya sido otorgado por una autoridad extranjera competente conforme a su propia legislación, que dicha autoridad haya intervenido en la elaboración del documento -que resulten equivalentes tanto las funciones de las autoridades extranjeras con las españolas, como los efectos del mismo-, que el hecho o el acto contenido en el documento en cuestión sea válido conforme al ordenamiento jurídico español y, por último lugar, que la inscripción del documento foráneo no resulte incompatible con el orden público del Estado español.

⁶⁹ Disposición Adicional Tercera. Inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros: *"1. Un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos:*

a) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen. c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

2. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por órganos judiciales extranjeros en materias cuya competencia corresponda, según esta ley, al conocimiento de autoridades españolas no judiciales."

⁷⁰ Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54068 - 54201.

⁷¹ Art. 81 RRC: *"El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales."*

⁷² Art. 85 RRC: *"Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.*

Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad.

La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente."

⁷³ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. BOE núm. 296, de 11/12/1958.

Calvo Caravaca y Carrascosa González⁷⁴ ponen de relieve varias consideraciones ante esto. En primer lugar, la Disposición Adicional Tercera LJV exige que la filiación se ajuste a lo indicado en el 9.4 CC. Recordemos lo anteriormente expuesto. En caso de que el menor tenga residencia habitual en España, se aplica la legislación nacional pero, atendiendo a la misma, se dicta que la filiación del nacido tras la gestación por sustitución corresponde a la mujer que da a luz. A pesar de ello, esto no resulta definitivo porque el rechazo de la filiación establecida en otro país tras una gestación por sustitución puede resultar contraria a los derechos del menor -entre ellos el derecho a su identidad, su vida personal y familiar-⁷⁵ y su interés superior⁷⁶. En contraste quedaría por dilucidar si el documento extranjero que admite una filiación en favor de los padres comitentes tras una gestación por sustitución es contraria o no al orden público español. Este tema será tratado en profundidad en el apartado 4 del presente trabajo.

El art. 23 de la antigua Ley del Registro Civil⁷⁷ –que será el que resulte de aplicación al caso español que será estudiado más adelante-, plasma las condiciones necesarias que deben ser cumplidas para la transcripción del asiento extendido en un Registro Civil extranjero:

“Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe.

También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

Los asientos se realizarán en lengua castellana o en la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma en que radique el Registro Civil, según la

⁷⁴ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimosexta edición, Comares, Granada, 2016, pp. 387-407, pp. 395-396.

⁷⁵ España forma parte tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en los cuales, en sus artículos 3 y 8 respectivamente, se habla en el primero de "atender el interés superior del niño" por parte de toda institución pública o privada, y en el segundo del derecho y respeto de la vida privada y familiar.

⁷⁶ España forma parte tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en los cuales, en sus artículos 3 y 8 respectivamente, se habla en el primero de "atender el interés superior del niño" por parte de toda institución pública o privada, y en el segundo del derecho y respeto de la vida privada y familiar.

⁷⁷ Ley de 8 de junio de 1957 sobre el registro Civil. BOE núm. 151, de 10/06/1957.

lengua en que esté redactado el documento o en que se realice la manifestación. Si el documento es bilingüe, se realizarán en la lengua indicada por quien lo presente al Registro. Todo ello, siempre que la legislación lingüística de la Comunidad Autónoma prevea la posibilidad de redacción de los asientos de los registros públicos en idioma cooficial distinto del castellano.”

Son en los dos primeros párrafos donde recae principalmente la importancia de este artículo. Es ahí donde se recogen los tres requisitos, en relación con los arts. 81 y 85 RRC: en primer lugar, el certificado del Registro extranjero; en segundo lugar, la realidad del hecho inscrito y, por último, su conformidad con la ley española⁷⁸. Por lo tanto, al pasar por el art. 23 para transcribir un acta registral en nuestro Registro Civil, tendrá que ser valorada la legalidad de ésta según nuestro derecho –algo que se mantiene en la nueva ley-.

En caso de que lo que se busque sea el reconocimiento de una resolución que permita determinar la filiación del menor dictada por un órgano jurisdiccional extranjero, éste puede ser posible por dos vías. El art. 11.1.a) LJV, sobre la inscripción en registros públicos, establece la posibilidad de que la resolución definitiva extranjera de jurisdicción voluntaria puede ser inscrita tanto al superar el trámite de exequátur –art. 42 LCJIMC y cuyo proceso viene detallado en el art. 54 de la misma ley- o de reconocimiento incidental –art. 44.2 LCJIMC-, sin impedir que posteriormente se decida solicitar el exequátur de la resolución extranjera. Si la sentencia no proviene de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino de uno contencioso, será necesario el exequátur –art. 83 RRC⁷⁹-. Sin embargo, para ambas situaciones, entre las causas de denegación del reconocimiento que establece el art. 46 LCJIMC, volvemos a encontrarnos con el orden público.

En la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁸⁰ -que entrará en vigor el 30 de junio de 2018-, en la parte de la exposición de motivos de la Ley no se menciona, como era de esperar, el contrato de gestación de sustitución. Solo se advierte que “una de las mayores novedades se centra en la inscripción de documentos judiciales extranjeros”.

⁷⁸ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308, p. 285.

⁷⁹ Art. 83 RRC: “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere «exequátur», deberá ser previamente obtenido. Las sentencias o resoluciones canónicas, para ser inscritas, requieren que su ejecución, en cuanto a efectos civiles, haya sido decretada por el Juez o Tribunal correspondiente.”

⁸⁰ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 175, de 22/07/2011.

Respecto a ellos, “se permite no solo la inscripción previo exequátur sino también la posibilidad de que el encargado del Registro Civil realice la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental”.

En el título X, el artículo 98⁸¹ está dedicado a la regulación de la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros -donde se ubicaría la certificación registral de la filiación de los hijos habidos mediante gestación de sustitución en el extranjero⁸²-. Según éste, habrá de realizarse un examen tanto de carácter formal como material. Se exige que el Registro extranjero tenga “análogas garantías”⁸³, por lo que el control se llevará conforme al derecho interno del Estado al que pertenezca el Registro, dejando fuera la irrupción del artículo 10 LTRHA y aplicando las normas de filiación del lugar donde se firmó el contrato de gestación –pero analizando el cumplimiento de la obligación difusa del art. 98 donde se dispone “que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”-. Sin embargo, aún descartando este punto del control, queda salvar la validez conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho Internacional Privado –art. 98.1.c)-, siendo una de ellas el 9.4 del CC, imposibilitándola inscripción de la certificación extranjera. En resumen: “el art. 98 LRC no somete las certificaciones extranjeras a un simple examen o enjuiciamiento de la legalidad formal o registral (letras a y b) sino

⁸¹ Art. 98: “1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley.

3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan”.

⁸² Albert Márquez así lo considera. A su juicio, “no puede ser de otro modo (a pesar de que la instrucción de la DGRN -que se analizará posteriormente- exigía resolución judicial para su acceso a nuestro Registro Civil), puesto que donde la Ley no distingue no cabe distinguir, y no encontramos motivo alguno para excepcionar el asunto que nos convoca de este régimen de Derecho Internacional Privado.” En: ALBERT MÁRQUEZ, M.M; “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, sección Doctrina, 22 mayo 2012, año XXXIII, pp. 9-61.

⁸³ Estas garantías –semejantes, no idénticas- aparecen expuestas en la propia Ley del Registro Civil. En su artículo 13 se dispone: “Los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos.”

también a un examen de legalidad material o sustancial del hecho inscrito. Este régimen provoca la imposibilidad de inscribir al nacido por gestación contratada mediante la sola presentación de la certificación registral extranjera en la medida en que el hecho contenido en ella no es válido conforme al Derecho español”⁸⁴.

Contrariamente a la opinión de Hualde Manso, Albert Márquez considera que el contenido del art. 98 se deduce “que se trataría de un examen de carácter formal, lo que excluiría, tanto la exigencia de realidad del hecho inscrito como la de su legalidad conforme al Derecho español”⁸⁵. A pesar de la exigencia de “garantías análogas” respecto del hecho de que da fe a las del Registro español, éstas han de encontrarse, en lo que a nuestro Registro se refiere, en el art. 13 de la nueva LRC, que establece el principio de legalidad, y según el cual “los encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos”. Comoquiera que no se trata de exigir que el Registro extranjero tenga en consideración idénticas garantías que el español, sino garantías “análogas”, no podemos exigir con seguridad que se respeten los requisitos de legalidad y realidad establecidos en el art. 13 de la nueva LRC⁸⁶.

En cualquier caso, referido a la comprobación de la competencia de la autoridad extranjera del apartado 1.a), ésta debe ser conforme a su legislación interna. Se trataría únicamente de comprobar que esa autoridad registral está legitimada para llevar a cabo esa inscripción, y eso sólo puede hacerse conforme a la ley del Registro, conforme a su propia ley⁸⁷, excluyéndose la entrada en juego del art. 10 de la LTRHA. Igualmente, el requisito de la realidad del hecho inscrito del art. 13 parece que deberá realizarse de acuerdo con los documentos que se aporten en el país extranjero y, de nuevo, dentro del margen de apreciación establecido en su propio derecho⁸⁸.

Durán Ayago destaca la que considera principal innovación de la nueva LRC. En el segundo apartado del mencionado artículo, se confirma algo ya avanzado por la

⁸⁴ HUALDE MANSO, M.T. “De nuevo sobre la filiación de los nacidos...”, op. cit., p. 45.

⁸⁵ ALBERT MÁRQUEZ, M.M., “Los contratos de gestación de sustitución...”, op. cit., pp. 9-61.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011...” op. cit., p. 303.

⁸⁸ ALBERT MÁRQUEZ, M.M.; “Los contratos de gestación de sustitución...”, op. cit., pp. 9-61.

Dirección General de Registros y Notariado –que se verá más adelante-, si bien ésta sin legitimación para ello, y en unos términos restrictivos que no comparte esta ley: si una certificación registral extranjera constituye mero reflejo de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro Civil, para lo cual primero habrá de ser reconocida⁸⁹.

Los mecanismos que ofrece el sistema de Derecho Internacional Privado para otorgar eficacia en el territorio español de las resoluciones judiciales extranjeras son, como ya se ha visto, el reconocimiento y el exequátur, con el objetivo de evitar dobles procesos o dobles pronunciamientos sobre un mismo asunto. El art. 96 LRC⁹⁰ regula las dos vías para llevar a cabo el reconocimiento: el exequátur y el reconocimiento incidental. El primero está pensado para los supuestos en que la resolución proceda de un proceso contencioso, en cuyo caso se seguirán los pasos establecidos bien en el Convenio que resulte aplicable, bien en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁹¹ que es la que todavía regula este procedimiento en el régimen autónomo en nuestro país⁹². El segundo supuesto tendrá lugar cuando la resolución provenga de un procedimiento equiparable a la jurisdicción voluntaria, que son la mayoría de los casos

⁸⁹ Ibídem, p. 299.

⁹⁰ Art. 96 LRC: “1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5.º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento. d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40, si así se solicita expresamente.

3. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales.”

⁹¹ Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. BOE, núm. 36, de 5/02/1881, pp. 326-329.

⁹² DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011...”, op. cit, p. 300-303.

que tienen lugar en estos momentos en España⁹³. Corresponderá al Encargado del Registro Civil vigilar el cumplimiento de determinados aspectos recogidos en el apartado 2.2º, y que Durán Ayago se detiene a analizar, especialmente el b) y el d).

El hecho de que se exija un control de la competencia del juez de origen, plantea la duda de si será empleada la técnica de la bilateralización de nuestros criterios de competencia judicial internacional regulados en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁹⁴, o si, por el contrario, se apueste por el sistema de contactos razonables⁹⁵, que consiste en que el tribunal extranjero que dictó la sentencia debe considerarse como “internacionalmente competente” si el litigio en cuestión presenta “contactos razonables” con el país donde se desarrolló el proceso⁹⁶, algo que sería interpretado a discrecionalidad del Encargado del Registro Civil.

En cuanto a la remisión que hace la letra d) al orden público internacional⁹⁷, podría interponerse el art. 10 LTRHA para impedir el reconocimiento. No se debe entrar a valorar si la autoridad extranjera debió o no aplicar la ley española para establecer la filiación, sino en si se vulnera dicho orden público⁹⁸, en contraposición con el principio del interés superior del menor. Si se piensa en el primer supuesto, de que la resolución se ha dictado en un procedimiento contencioso, en este aspecto, el art. 954.3º LEC/1881 indica que “la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España”. ¿Sería aplicable aquí la misma valoración realizada sobre el orden internacional público para la jurisdicción voluntaria? En principio, y dada la necesaria coherencia del sistema, así debiera de ser, aunque nada impide que se pueda ser más estricto y se haga valer el contenido del art. 10 LTRHA, anulando el contrato de gestación por sustitución sin reparar en sus efectos⁹⁹.

⁹³ *Ibídem*.

⁹⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE, núm. 157, de 02/07/1985.

⁹⁵ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011...”, *op. cit.*, p. 300-303.

⁹⁶ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.3, núm. 1, 2011, pp. 247–262, pp. 255-256.

⁹⁷ Este concepto se analizará en mayor profundidad con el análisis jurisprudencial en los casos prácticos.

⁹⁸ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011...”, *op. Cit.*, p. 300-303.

⁹⁹ *Ibídem*.

Gran parte de la doctrina acusa que en esta nueva ley no se haga referencia alguna a la gestación por sustitución, y algunos encuentran decepcionante que no se aprovechara esta nueva LRC. Albert Márquez se pregunta “si tiene mucho sentido plantear si este “olvido” del legislador se debe a simple imprevisión o, más bien, cabe advertir cierta voluntad de esquivar el debate público, regulando, sin nombrarla, la situación de las parejas que recurren a la gestación de sustitución en los países donde ésta es legal”¹⁰⁰.

3.1.4. PROPOSICIÓN DE LEY DE CIUDADANOS

Resulta inconcebible, teniendo en cuenta la fecha presente de elaboración del trabajo y el tema que este abarca, el no hacer por lo menos una breve reflexión en lo que concierne a la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación¹⁰¹, presentada ante el Congreso por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

La primera crítica se puede realizar sin siquiera ahondar en su articulado. No dejando caer en el vacío toda la argumentación previa en relación sobre cómo denominar esta figura, no es de lo más apropiado denominarla gestación por subrogación, siendo lo más idóneo "por sustitución", y continuando con la nomenclatura ya empleada en el art. 10 de la LTRHA.

En el artículo 7 se establecen una serie de requisitos que debe cumplir la mujer gestante -que deberá estar inscrita en un Registro Nacional de Gestación por Subrogación-, entre los que encontramos un límite en la edad mínima en los 25 años y haber gestado al menos un hijo sano anteriormente. Además, se establece el máximo de dos gestaciones subrogadas en las que podrá participar. El resto son requisitos bastante lógicos en cuanto que se pide un buen estado físico y mental, no tener antecedentes penales ni de abuso de drogas o alcohol.

¹⁰⁰ ALBERT MÁRQUEZ, M.M; “Los contratos de gestación de sustitución...”, op. cit., pp. 9-61.

¹⁰¹ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, “122/000117 Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos”, 8 de septiembre de 2017, núm. 145-1. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF [última consulta 27/02/18]

Dado que la gestación propuesta es de naturaleza puramente altruista, se entienden los requisitos de "disponer de una situación socio-económica, así como familiar, adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad" y "poseer la nacionalidad española o residencia legal en España", pudiéndose interpretar ambos como una salvaguarda, para proteger a la mujer gestante de posibles chantajes y abusos por una situación social y económica delicada, y eludir a las mafias dedicadas a la trata de personas.

Por otro lado, también le son requeridos una serie de condiciones al progenitor o progenitores subrogantes. A parte de tener entre 25 y 45 años, y también ligado a la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para afrontar los deberes y obligaciones familiares, se les requiere, así como a la mujer gestante, ser españoles o residencia legal en España. Supuestamente, lo que se pretendería con esto es alejar a aquellas personas que carecen de un vínculo total con España y evitar en la medida de lo posible el turismo procreacional. Por último, es exigido que hayan agotado o sean incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, también se especifica que los comitentes deben acudir a la gestación por subrogación aportando su propio material genético, dejando fuera a la persona o parejas infértiles ambos, debiendo acudir, suponemos, directamente a la adopción.

Llama la atención, a pesar de su reclamada naturaleza altruista en el art. 5, la compensación económica resarcitoria. Sobre todo, el apartado que dicha compensación podrá "proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el post-parto". Si tenemos en cuenta las propias condiciones que debe cumplir la mujer gestante, en especial, una situación socio-económica adecuada, no parece necesario ese precepto en cuanto que se presupone que la mujer gestante ya debería vivir en unas condiciones apropiadas, puesto que, si no, no podría ser parte contratante. Esto podría dar lugar a disfrazar una serie de gastos con fines lucrativos como necesarios.

En lo que se refiere a la determinación legal de la filiación, el art. 12 de la proposición guarda muchas características en común con el art. 8 de la LTRHA, pues ambas prohíben expresamente la impugnación de la filiación de los hijos nacidos por estas técnicas. Cabe plantearnos si, en el hipotético caso de aprobarse la presente proposición,

facilitaría la inscripción y el reconocimiento de aquellos nacidos mediante la gestación por sustitución en otros países. Pues bien, seguramente en aquellas cuya naturaleza tampoco es comercial ni lucrativa y presenten grandes similitudes con la española, no implicarían mayor problema. Sin embargo, de haber un intercambio económico y de características mercantiles, al estar expresamente éste prohibido -llegando a considerarse una infracción muy grave en el art. 24.c) 8º y con una sanción que oscila de los diez mil un euros hasta el millón-, la problemática puede venir conforme se alegue alteración del orden público, porque en esencia, el contrato ya no sería nulo de pleno derecho -incluso prescribiendo la infracción a los tres años según el art. 27-, y se podría pedir su cumplimiento y surtir efectos la filiación.

A pesar de estarse regulando una materia que es por todos sabido que actualmente afecta a nivel internacional, se omite totalmente cualquier referencia sobre qué pasaría con aquella gestación por sustitución que es llevada a cabo en el extranjero. Éste es un tema más global que el que abarca a Proposición, y se ha perdido una oportunidad para arrojar algo de luz sobre qué pasaría con las filiaciones extranjeras que buscan reconocimiento en España¹⁰².

A pesar de todo, es muy improbable el triunfo de esta proposición, en cuanto que sólo es apoyada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, y fervientemente criticada por el Partido Socialista y Podemos; y, si bien la posición del Partido Popular es algo más incierta, tampoco parece que su postura final sea positiva, sobre todo teniendo en cuenta el reciente Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, en el cual se posicionan en contra y adelanta que en el hipotético caso de incorporarse al ordenamiento jurídico nacional, "va a desarrollarse con casi exclusividad en el marco de las relaciones biológicas familiares, como de hecho ocurre en otros ámbitos como es el de la donación de órganos entre vivos, lo que, necesariamente supondrá una alteración sustancial, sino de la familia, sino de los roles biológicos que coexisten en la misma, produciéndose una duplicación de tales roles que

¹⁰² Surgen numerosas incógnitas referidas a qué pasaría, y las diferencias que podría haber, si la gestación por sustitución extranjera tiene carácter altruista, como la que se propone, o, por el contrario, es comercial.

puede considerarse contraria tanto a la protección constitucional que se reconoce a la familia como al propio interés superior del menor."¹⁰³

3.2. DERECHO COMPARADO

Conocida la situación jurídica de la gestación por sustitución en España, el trato recibido por los diferentes sistemas de Derecho comparado es dispar. Se observará que la figura estudiada es regulada de muy diversas formas en los ordenamientos jurídicos nacionales, no existiendo ni por asomo una tendencia hacia la armonización.

La clasificación siguiente atiende a la división que existe entre aquellos países donde la gestación por sustitución no está permitida, o si por el contrario, lo está, pero diferenciando entre el carácter oneroso o altruista que puede revestir la misma.

3.2.1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN “ILEGAL”.

En este grupo se encuentran, como es el caso de España, aquellos Estados que declaran la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, que, como se ha visto con anterioridad en el análisis de la normativa española, no quiere decir que sean “ilegales”. Por otro lado, también hay países que de llevar a cabo esta tipología contractual, tienen establecidas una serie de sanciones y, en consecuencia, se puede considerar la existencia de una característica en su regulación que prohíbe la figura.

A continuación, se analizará la legislación de algunos de estos países:

Para comenzar, por proximidad, se hablará de Francia. El Comité Nacional Consultivo de Ética para las ciencias de la vida y la salud del país galo, como el Comité de Bioética español, en abril de 2010 emitía el Aviso nº 110 que versaba sobre las cuestiones éticas emergidas de la gestación por sustitución. En el mismo texto defiende, dados los intereses comerciales de estos contratos en su mayor parte y que permiten

¹⁰³ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del comité de bioética de España...", op., cit., pp. 74-75.

explotación de las mujeres involucradas, que la gestación por sustitución es contraria a la dignidad humana y que puede causar graves secuelas emocionales en los hijos; mostrándose por consiguiente, reacios a un cambio legislativo¹⁰⁴.

Es el Código Civil francés¹⁰⁵ el que se pronuncia sobre la gestación por sustitución, en concreto en su artículo 16.7 se establece que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”¹⁰⁶; por lo que el tratamiento de tales contratos está en consonancia con la ley española, que también los considera nulos de pleno derecho. Además, el 16.9 especifica que dicha disposición es de orden público –una norma imperativa no disponible-. Pero en Francia se va más allá, pues en su Código Penal¹⁰⁷ se castiga con seis meses de prisión y multa de 15.000 euros a los que actúen como intermediarios entre gestante y comitente –como podrían ser las agencias de gestación por sustitución-, estableciendo que si existe finalidad de lucro, las penas han de doblarse -artículo 227.12-.

En Alemania, la ley de adopción prohíbe y castiga la gestación por sustitución en general, pero es la Ley de protección del embrión, número 745/90, de 13 de diciembre de 1990¹⁰⁸, en su artículo 1, titulado “Utilización abusiva de las técnicas de reproducción” la que detalla las conductas merecedoras de sanción.¹⁰⁹ Si bien se criminaliza esta práctica, su penalización sólo se atribuye al personal médico implicado en el proceso de

¹⁰⁴ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, “Avis N° 110. Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui.” Disponible en: http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf [última consulta 11/03/18]

Conclusiones del Comité Nacional Consultivo de Ética para las ciencias de la vida y la salud: “Finalement, à l'issue d'une réflexion riche et collégiale, pour les six ordres de raisons qui viennent d'être exposées et pour la grande majorité des membres du CCNE, l'ensemble des arguments favorables au maintien de la législation en vigueur l'emportent sur ceux qui sont favorables à la légalisation de ce procédé de PMA, même de manière strictement limitée et contrôlée.”

¹⁰⁵ Francia, Code Civile, versión consolidada del 3 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> [última consulta 11/03/18]

¹⁰⁶ Más delante, en el apartado 9 del mismo artículo, se especifica que “las disposiciones del presente capítulo son de orden público”.

¹⁰⁷ Francia, Code Pénal. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> [última consulta 11/03/18]

¹⁰⁸ Alemania, Ley de protección del embrión, núm. 745/90, de 13 de diciembre de 1990. Publicada en el Bundesgesetzblatt, 1º parte, del 19 de diciembre de 1990, núm. 69.

¹⁰⁹ Art. 1 de la Ley de Protección del Embrión 745/90: “Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros después de su nacimiento.”

gestación por sustitución, y, como ocurre en Francia, tampoco recae responsabilidad en las personas que constituyen las partes del contrato –padres comitentes y mujer gestante–.

Por otro lado, es necesario citar el Código Civil alemán¹¹⁰ y sus artículos 1591 y 1592, en los que, como en el Código Civil español, se dispone como la madre legal de un niño a la madre que haya dado a luz al mismo –principio de *mater semper certa est*–, mientras que el padre del infante será el que esté casado con la madre del niño en el momento del nacimiento de éste.

Ya en tierras más lejanas, en Japón no se encuentra legalmente prohibido, pero la Sociedad Japonesa de Obstetricia y Ginecología se posiciona en contra de facilitar la gestación por sustitución. Los doctores que realizan procedimientos prohibidos por esta sociedad, se arriesgan a perder su licencia médica, por lo que las parejas japonesas suelen recurrir al extranjero. El registro de estos nacimientos es particularmente difícil dado que la ley japonesa reconoce como madre a aquella que da a luz, y el proceso de adopción es tedioso¹¹¹.

Finalmente, la gestación por sustitución tampoco se encuentra permitida en otros países vecinos del entorno europeo, como son Italia¹¹², Suiza¹¹³ o Austria¹¹⁴.

¹¹⁰ Alemania, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> [última consulta 11/03/18]

¹¹¹ MACKIE, V., “Birth registration and the right to have rights: The changing family and the unchanging koseki”, En: CHAPMAN, D., y KROGNESS, K., “Japan’s Household Registration System and Citizenship: Koseki, Identification and Documentation”, *Routledge*, 2014, pp. 203-220.

¹¹² En Italia, hay que atender a lo recogido en la Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médica asistida.¹¹² Es en el artículo 12.6 donde expresamente se establece la nulidad del contrato en cualquiera de sus modalidades, castigando con pena de prisión y multa –de entre 600.000 y un millón de euros–, a quien, de cualquier modo, realice, organice o publicite la maternidad subrogada.

¹¹³ En su propia Constitución Federal se prohíbe “la donación de embriones y todas la formas de gestación por sustitución están prohibidas” –artículo 119.2.d)–; y es castigada con prisión o multa en Ley Federal sobre procreación medicamente asistida, tanto a quien solicite la realización de aquella técnica, así como a los intermediarios.

¹¹⁴ Ni la donación de ovocitos ni de embriones es posible según la Ley de medicina reproductiva de 1992. Ésta sólo permite el uso de los gametos de la pareja que se somete a la técnica de reproducción asistida –artículo 3.1–, salvo que el hombre sea estéril –artículo 3.2–, en cuyo caso se autoriza la donación de semen, pero que sólo podrá ser utilizado mediante inseminación artificial.

3.2.2. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN LEGAL.

3.2.2.1.SÓLO SI ES ALTRUISTA.

En este grupo se engloban aquellos Estados en los que la gestación por sustitución es legal, pero únicamente en su modalidad altruista, es decir, no lucrativa -lo cual no es lo mismo que sin coste¹¹⁵-. Así, en este grupo encontraríamos Estados como Canadá¹¹⁶, Reino Unido, Grecia, Israel, Brasil¹¹⁷, o algunos territorios de México y Australia entre otros.

Reino Unido regula esta materia en varios instrumentos, en los que destacan la Surrogacy Arrangements Acts de 1985¹¹⁸ y la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008¹¹⁹. En la primera de ellas no se prohíbe la gestación por sustitución ni sanciona a la mujer gestante ni a los padres comitentes, sino que lo que se reprocha es la negociación de dichos acuerdos con fin lucrativo. Posteriormente se producen algunas modificaciones, en 1990 la primera y otra más en 2008 –la otra ley mencionada-, en las cuales se introduce la posibilidad de que la mujer gestante pudiese dar marcha atrás a su consentimiento prestado¹²⁰ y que las personas del mismo sexo unidas por unión civil registrada también podrían acudir a esta figura para tener descendencia respectivamente.

¹¹⁵ Coste siempre va a haber, en lo que se refiere a los gastos del procedimiento en sí, o los controles que se realizan a lo largo del proceso de gestación. Lo que se descartan son aquellos pagos cuya finalidad es comercial, que buscan un beneficio o ganancia.

¹¹⁶ Canadá recoge en el artículo 6 de su Ley de Reproducción Humana Asistida - Assisted Human Reproduction Act de 2004- la posibilidad de gestación por sustitución altruista, según la cual las mujeres gestantes - se prohíbe también que una mujer actúe como gestante cuando se sabe o se tiene razones para creer que es menor de 21 años- gozarán del reembolso de los gastos del proceso, pero no podrán recibir ningún tipo de retribución. Por ello, se entiende que no se prohíbe la maternidad subrogada altruista, aunque el contrato que la prevé no es ejecutable como tal. Esto es, la Ley no se refiere a la validez o invalidez de dichos acuerdos, pero la jurisprudencia, en general, decide en favor del mejor interés del niño. En: ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cadernos de Dereito Actual*, 2017, núm. 6, pp. 313-344, p.331.

¹¹⁷ En Brasil, al contrario que en Israel donde se pide que la mujer gestante no tenga relación alguna –salvo adopción- con los comitentes, la maternidad subrogada debe ser realizada por familiares.

¹¹⁸ Reino Unido, Surrogacy Arrangements Act. 1985. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> [última consulta 14/03/18]

¹¹⁹ Reino Unido, Human Fertilisation and Embryology Act. 2008. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> [última consulta 14/03/18]

¹²⁰ Una vez haya producido el alumbramiento del menor, y la mujer gestante haya tenido el llamado “tiempo de reflexión” que la ley le otorga, los comitentes en el contrato son los que deben acudir al Juez para que accione la transmisión de la filiación hacia ellos, siguiendo las normas relativas a la adopción.

Por su parte, en el país heleno el art. 1458 de la Ley de Reproducción Humana Médicamente Asistida 3089/2002¹²¹ –que modifica el Código Civil griego– permite esta práctica con autorización judicial previa. Se establecen entonces una serie de requisitos¹²² para que se produzca la concesión de la autorización, aunque quizás, lo más llamativo, es que si antes se exigía que ambas partes del contrato fuesen ciudadanos griegos con residencia permanente en Grecia, todo a fin de soslayar el turismo reproductivo, ahora se permite acudir, desde el año 2015, a matrimonio heterosexuales y solteros comunitarios¹²³.

La regulación israelí resulta muy peculiar, ya que su aprobación se realiza a nivel estatal por la Comisión de Aprobaciones. Se toma como referencia la Ley de Acuerdos sobre la Gestación de Fetos (5756/1996) de 17 de marzo de 1996¹²⁴. Se establecen una serie de condiciones, como que los comitentes deben ser una pareja heterosexual con incapacidad para gestar naturalmente o que la gestante debe encontrarse un rango de edad preestablecido, o, en similitud con la Proposición de Ley de Ciudadanos, haber tenido entre uno y tres hijos propios, y no haber participado más de dos veces en este procedimiento. Además, encontramos peculiaridades de arraigo religioso como que de ser una de las partes judía, la otra también ha de serlo o que el espermatozoide ha de ser necesariamente del padre comitente, a riesgo de considerarse el hijo ilegítimo¹²⁵.

Nepal actualizó hace un par de años su legislación sobre la gestación por sustitución. La Corte Suprema de Nepal, prohibió la gestación por sustitución comercial en el verano de 2015 –permitiendo desde entonces sólo la solidaria o altruista–, y, en diciembre de 2016 confirmaba la decisión de restringir el acceso a la subrogación tan sólo

Este proceso se lleva a cabo mediante la llamada “parental order”, establecida en el artículo 30 de la Ley de Embriología y fertilización humana de 2008 (Humans Fertilisation and Embryology Act).

¹²¹ Grecia, Ley de Reproducción Humana Médicamente Asistida 3089/2002.

¹²² La comitente debe probar que no es capaz de llevar a término un embarazo; y no sobrepasar los 50 años; la gestante, por su parte, ha de probar su sanidad; no pudiendo aportar el óvulo; y si está casada, se requiere el consentimiento escrito de su marido. En: ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, op. cit., p.331.

¹²³ Véase SAHUQUILLO, MARIA R. “Grecia permite recurrir a la gestación subrogada a dos parejas españolas”, 15 de diciembre de 2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/14/actualidad/1450114667_047982.html [última consulta 18/03/18]

¹²⁴ Israel, Ley de Acuerdos sobre la Gestación de Fetos (5756/1996) de 17 de marzo de 1996.

¹²⁵ ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, op. cit., p.332.

a parejas nepalís casadas, resultando ilegal para personas solteras, parejas transgénero y/o extranjeras¹²⁶.

Por último, es conveniente mencionar especialmente a Portugal, que ha pasado a formar parte de esta categoría de Estados permisivos hace escasos meses, cuando en agosto de 2017 entraba en vigor la Ley número 25/2016, de 22 de agosto de 2016 que regula la técnica de sustitución del embarazo¹²⁷. Las parejas que quieran acceder al proceso¹²⁸ –que deberá ser llevado a cabo íntegramente en Portugal- tienen que acudir a un centro de reproducción asistida -público o privado- que acredite la infertilidad de la mujer. Sin embargo, destaca la principal diferencia que tendría con la Proposición de Ley de Ciudadanos, y es que, tal y como ha declarado Cláudia Vieira, presidenta de la Asociación Portuguesa de Fertilidad explica que "al no hacer mención explícita a los no residentes o no ciudadanos, a efectos prácticos cualquier persona que cumpla con los requisitos médicos establecidos por la legislación puede acceder a la gestación subrogada"¹²⁹. En las similitudes a la Proposición del grupo parlamentario de ciudadanos, encontramos los límites, tanto de edad como de gestaciones ejecutadas o hijos engendrados propios, para la madre gestante.

El pasado 24 de abril, el Tribunal Constitucional portugués ha vetado la ley¹³⁰. En el “Acórdão n.º 225/2018”¹³¹, el Tribunal destaca que considera lesionados principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución lusa -entre los que no se encuentra la dignidad de la mujer gestante o del menor nacido-. Entre los puntos

¹²⁶ Véase EMBASSY OF THE UNITED STATES KATHMANDU, NEPAL. "Surrogacy Services are Banned in Nepal", noviembre de 2017. Disponible en: <https://np.usembassy.gov/u-s-citizen-services/child-family-matters/surrogacy-in-nepal/> [última consulta 18/03/18]

¹²⁷ Portugal, Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei núm. 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). Disponible en: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&ficha=1&pagina=1 [última consulta 01/05/18]

¹²⁸ Cuyo acceso viene regulado por el Decreto Regulamentar núm. 6/2017, de 31 de julho. Disponible en: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2728&tabela=leis&ficha=1&pagina=1 [última consulta 01/05/18]

¹²⁹ HERNANDEZ MORALES, A., “Los españoles ya pueden acceder a la gestación subrogada en Portugal, que la acaba de legalizar”, 2 agosto 2017. Disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/08/02/598069dd468aeb70f8b460b.html> [última consulta 01/05/18]

¹³⁰ El veto, que no tiene carácter retroactivo, devuelve la norma al Parlamento luso, donde deberá ser corregida.

¹³¹ Tribunal Constitucional del Portugal. Acórdão n.º 225/2018, Processo n.º 95/17, 24 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/imprensa02-bd4453.html> [última consulta 01/05/18]

censurados, se critica la inexistencia de la posibilidad de arrepentimiento por parte de la gestante, impidiendo "el ejercicio pleno de su derecho fundamental al desarrollo de la personalidad"¹³². Otras cuestiones apuntadas por el Tribunal son la indeterminación excesiva de la ley en los límites que se imponen a las partes del contrato¹³³ -lo que en la práctica supone que se pueden realizar negociaciones sobre las condiciones del embarazo que podrían ser excesivas- o el anonimato de los donantes de óvulos o espermatozoides y de la gestante para el futuro bebé¹³⁴ -impone "una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad" de las personas nacidas por gestación por sustitución-.

Debido a la cercanía de Portugal, la nueva legislación puede suscitar interés entre los ciudadanos españoles¹³⁵ que decidan recurrir a este método. Sin embargo, habrá que esperar un tiempo para observar los cambios que pueda introducir el Parlamento en la ley, y las consecuencias de la misma, que todavía no ha visto nacer al primer menor bajo su amparo¹³⁶.

3.2.2.2. TANTO ONEROSA COMO ALTRUISTA

Los Estados que reconocen la gestación por sustitución en sentido amplio, es decir, medie o no contraprestación económica por parte de la mujer gestante, son también numerosos.

¹³² Acórdão n.º 225/2018, punto 2.2: “A limitação da possibilidade de revogação do consentimento prestado pela gestante de substituição (...) impedindo o exercício pleno do seu direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade indispensável à legitimação constitucional da respetiva intervenção na gestação de substituição até ao cumprimento da última obrigação essencial do contrato de gestação de substituição, isto é, até ao momento da entrega da criança aos beneficiários (violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família...)”.

¹³³ Ibídem, punto 2.1.

¹³⁴ Ibídem, punto 3.

¹³⁵ De hecho, una pareja de españoles será, si concluye todo el proceso formal pertinente, el primer matrimonio extranjero que recurrirá a la gestación por sustitución en Portugal (...) Hasta el pasado 4 de diciembre de 2017, el Consejo Nacional de Procreación Medicinalmente Asistida recibió 103 solicitudes para gestación por sustitución, de las que 43 eran de parejas extranjeras, sobre todo, españolas. En: “Pareja española, primera extranjera que usará vientre de alquiler en Portugal”, 28 enero 2018, *Agencia EFE*. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/portugal-en-espanol/destacada/pareja-espanola-primera-extranjera-que-usara-vientre-de-alquiler-en-portugal/50001002-3506437> [última consulta 01/05/18]

¹³⁶ La primera y única solicitud aprobada hasta el momento fue la de una mujer de 49 años que decidió prestar su vientre a su hija, que no tiene útero. En este caso la abuela no será la madre biológica, aunque preste su vientre del que nacerá el bebé, ya que la fecundación se realizará con esperma del padre y con ovocitos congelados de la madre. En: Ibídem.

Ucrania es uno de los destinos predilectos por muchos españoles. Ofrece de las legislaciones más sólidas y favorables en territorio europeo a la gestación por sustitución. Su ley no confiere a la gestante ningún derecho sobre el bebé, ni figurará su nombre en el Certificado de Nacimiento, estableciendo su Código de Familia¹³⁷, que los esposos comitentes serán legalmente los padres del niño gestado. No obstante, sólo pueden generalmente acceder a la subrogación gestacional, parejas heterosexuales casadas a las que se le permite, incluso, escoger el sexo del bebé¹³⁸.

La vecina Rusia también es uno de esos países donde la gestación por sustitución es absolutamente legal y accesible para todos aquellos adultos deseosos de ser padres¹³⁹, cuyo primer programa de gestación por sustitución fue implementado ya en el año 1995 en el Centro de FIV adjunto al Instituto de Obstetricia y Ginecología de San Petersburgo¹⁴⁰. Como en Ucrania, existen una serie de indicadores médicos para poder acceder a estos programas, como la ausencia de útero o una deformidad en el mismo que impida llevar a cabo una gestación a término, trastornos somatomorfos que supongan una contraindicación para el embarazo, reiterados intentos fallidos de fecundación in vitro... entre otros. Por otro lado, el Código de Familia de Rusia defiende los derechos de ambas partes firmantes en el contrato¹⁴¹.

¹³⁷ Ucrania, Código de Familia de Ucrania, en vigor 1/1/2004. En su artículo 123.2 se dispone: "If an ovum conceived by the spouses is implanted to another woman, the spouses shall be the parents of the child." Disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/4c4575d92.pdf> [última consulta 19/03/18]

¹³⁸ VILAR GONZÁLEZ, S., "Situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho UNED*, 2014, núm. 14, pp. 897-931, p. 907.

¹³⁹ Sin embargo, no se permite acceder a este programa a parejas del mismo sexo ni a hombres solteros, ya que la Orden núm. 67 - Russian Federation Ministry for Health. Order Nr. 67, from February 26, 2003, "about Use of Assisted Reproduction Technologies (ART) for treatment of infertility in Female and Male Patients"-, exige la existencia de determinadas indicaciones médicas en la madre comitente para recurrir a un programa de gestación por sustitución

¹⁴⁰ SVITNEV, K. N., "Surrogacy and its legal regulation in Russia", *Reproductive Biomedicine Online*, Warm 2010. Abstracts of the 5th Congress of the World Association of Reproductive Medicine, 10-13 october 2010, Moscow, Russia. Disponible en: <http://jurconsult.ru/publications/reproductiveBioMed.pdf> [última consulta 19/03/18]

¹⁴¹ Rusia, Código de Familia de Rusia. Disponible en: <http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf> [última consulta 20/03/18]

Art. 51.4: "Las personas casadas que hayan dado su consentimiento por escrito a la fecundación artificial o a la implantación del embrión, se anotarán en el Registro de nacimientos si un niño nace como resultado de la aplicación de estos métodos, como los padres de este niño. Las personas casadas que han dado su consentimiento por escrito a la implantación de un embrión en otra mujer por llevarlo a cabo, pueden anotarse como padres del niño solo con el consentimiento de la mujer que ha dado a luz al niño (de la mujer gestante)."

En el caso la India, a pesar de no existir una ley reguladora como tal¹⁴², la maternidad subrogada es una realidad, y es por eso por lo que se “considera” legal la modalidad comercial, pues no hay ley –de momento- que la prohíba. Sin embargo, actualmente la India se encuentra en un proceso normativo convulso en este aspecto. En el año 2015 excluyó a los extranjeros del acceso a esta figura¹⁴³, buscando de esta forma proteger y evitar la explotación de mujeres en estado de necesidad económica en un país donde abundan complejos especializados en esta actividad –calificados por detractores como Amador Jiménez como “granjas de cría”¹⁴⁴–; y, en agosto de 2016, el Gabinete de la Unión aprobó un Proyecto de Ley de Subrogación en el que se propone una completa prohibición de la gestación por sustitución comercial, apostando únicamente por la altruista, sin más compensación monetaria que la necesaria para los gastos médicos¹⁴⁵. Esta tormenta legislativa se produce por motivo de, a parte de la explotación de la mujer, casos en los que los bebés son finalmente abandonados y quedan desamparados y desprotegidos¹⁴⁶.

Por último, resulta de recibo hacer un breve comentario sobre la legislación estadounidense, que, al tratarse de un Estado federal, la misma varía según el territorio en el cual nos encontremos. Debido a ello, existen Estados donde la legislación permite y regula este método, se pueden firmar contratos y solicitar que sean nombrados padres los comitentes en el certificado del nacido. Por otro lado, hay numerosos Estados de los

¹⁴² Únicamente existen la Guía Ética del Consejo Indio de Investigación Biomédica de 2006 y la Guía de Reglamentación de Reproducción Asistida del Ministerio de Sanidad de 2010.

¹⁴³ CHANDRA NEETU SHARMA. "Now Foreigners Can't Hire Wombs in India" 3 de octubre de 2015. Disponible en: <http://www.dailymail.co.uk/indiahome/indianews/article-3259017/Now-foreigners-t-hire-wombs-India.html> [última consulta 20/03/18]

¹⁴⁴ AMADOR JIMÉNEZ, M., “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, *CS, psicología, epistemología y soceidad*, núm. 6, julio-diciembre de 2010, pp. 193-217.

¹⁴⁵ En dicho Proyecto, se especifica además que los padres comitentes deben ser una pareja heterosexual india sin hijos y casada, desde al menos, 5 años. En lo que se refiere a la mujer gestante, su edad debería estar comprendida entre los 25 y 25 años, además de que sólo podría ejercer esta figura una vez en la vida. En: SARANGI, A., “Commercial Surrogacy in India”, *Featured, Science & Technology, Society*, 21 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/78483/1/Engenderings%20%E2%80%93%20Commercial%20Surrogacy%20in%20India.pdf> [última consulta 20/03/18]

¹⁴⁶ Por ejemplo, en 2008 el matrimonio japonés de los Yamada, tras acceder este método procreativo, se divorcia durante el proceso, convirtiéndose el bebé en apátrida y sin padres –en tanto que la gestación por sustitución es ilegal en Japón-. Aunque el padre japonés quería criar al bebé, la madre japonesa se negaba. El menor tenía tres “madres” –la que le dio a luz, la intencional y la que donó el óvulo-, pero legalmente, ninguna.

EE.UU en los que al igual que en otros países europeos, el contrato de maternidad es nulo; o incluso no se han pronunciado al respecto.

Concretamente es de relieve el Estado de California –en el cual comienza la epopeya jurisprudencial que se estudiará a continuación- y que Farnós Amorós califica como “el sueño californiano”¹⁴⁷. Sus tribunales han venido otorgando carácter vinculante a los acuerdos de maternidad subrogada gestacional o parcial desde los años 90¹⁴⁸, para los cuales declararon ya entonces que la filiación del menor nacido debía ser inscrita a favor de la pareja comitente¹⁴⁹.

Si bien California tampoco poseía leyes específicas que regulen esta figura¹⁵⁰ y su proceso, no hace mucho fue aprobada la Ley de la Asamblea de California N° 1217¹⁵¹ y más recientemente la N° 1396¹⁵² –que vuelve a modificar el art. 7962 del Código de Familia californiano-, en las cuales se establecen una serie de definiciones y directrices que debe contener el contrato de gestación por sustitución.

En lo que se refiere a la filiación resultante al finalizar todo el proceso de gestación, el reconocimiento de la misma no es automático en virtud del acuerdo firmado, sino que se requiere que una vez celebrado, la parte interesada inste un procedimiento judicial, determinado en la sección 7630 (f) del Código de Familia californiano, que en unidad de acto confirmará los derechos parentales, estableciendo la filiación del nacido a

¹⁴⁷ FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2010, pp. 1-25, p. 7.

¹⁴⁸ El caso que supuso un antes y un después, se puede considerar que fue “Johnson v. Calvert (1993, May 20)”, en el cual Anna Johnson, la mujer gestante, tras varias desavenencias con la pareja Calvert, se negó a entregar al bebé una vez este hubo nacido. A pesar de que en el caso la filiación materna podía establecerse tanto a favor de la madre subrogada –la que dio a luz, pues así lo permitía el Código Civil californiano-, como de la madre comitente –la que aportó los óvulos-, el Tribunal de California estableció la maternidad respecto de esta última, ya que fue ella y no la subrogada quien decidió tener el niño, asumiendo todas las consecuencias.

Posteriormente, “In Re Marriage of Buzzanca (1998), también se concede la filiación del menor a favor de los miembros de la pareja comitente aun cuando ninguno de los dos había aportado material genético alguno, basándose puramente en la voluntad de los padres intencionales, que se considera preferente.

¹⁴⁹ FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California...”, op. cit., p. 7.

¹⁵⁰ Los tribunales del estado han utilizado la Ley de parentesco uniforme de California –California’s Uniform Parentage Act- con el propósito de interpretar aquellos casos relacionados con este procedimiento.

¹⁵¹ Estado de California de los Estados Unidos de América, California Assembly Bill 1217, 23 de septiembre de 2012.

¹⁵² Estado de California de los Estados Unidos de América, California Assembly Bill 1396, 27 de septiembre de 2017.

su favor por medio de una sentencia previa al nacimiento -pre-birth judgement-, que rompe además la posible filiación que se pudiera determinar a favor de la gestante y de su marido, si lo hubiera.¹⁵³

4. CASOS PRÁCTICOS.

4.1. PRÁCTICA ESPAÑOLA.

Una vez expuestas las premisas legales, queda por analizar qué sucede en la práctica, que, en este caso, tantas discrepancias ha suscitado. En lo que se refiere a la inscripción de la filiación del menor se procederá a un recorrido registral y jurisprudencial, y al análisis de los cambios de tendencias que se producen.

El itinerario cronológico que se va a seguir comienza con caso en España de los niños de California, que, a grandes rasgos, muestra una pareja constituida por dos varones que se traslada a California para realizar un proceso de gestación por sustitución gestacional, donde uno de los comitentes aportaba su material genético. Una vez se produjo el nacimiento de los bebés mediante esta técnica, la pareja solicitó que sus pequeños fueran inscritos como hijos de ambos en el Registro Civil Consular, y para ello, presentaron varios escritos como el certificado de nacimiento de los menores, certificados de nacimiento de la pareja, el libro de familia, etc. Sin embargo, el libro de familia expedido por las autoridades californianas¹⁵⁴ no tenía valor probatorio ni tampoco constitutivo del vínculo de filiación que los solicitantes pretendían mantener con los niños nacidos de tales técnicas¹⁵⁵.

Tras la solicitud, la petición de inscripción de los niños fue denegada mediante auto el 10 de noviembre de 2008 por el canciller encargado del Registro Civil Consular, alegando que el contrato era nulo de pleno derecho y que debía considerarse madre legal de los menores a la gestante, invocando para ello el art. 10 LTRHA. También se indicaba

¹⁵³ ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, op. cit., p.338.

¹⁵⁴ La doctrina de la Dirección General de Registro y del Notariado exigía tres requisitos para la inscripción de un nacimiento fuera de España: el certificado del Registro extranjero, la realidad del hecho inscrito y su conformidad con la legislación española. Estos están recogidos, como ya se ha visto, en el art. 23 de la Ley de 8 de junio de 1957, que es el que resulta de aplicación todavía.

¹⁵⁵ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, pp. 5-49, p. 9.

que resultaba imposible que los dos varones fueran los padres de los niños, por ser necesaria para la procreación la concurrencia de una mujer que aporte sus óvulos y que lleve a cabo la gestación. No se cumplían dos de los requisitos establecidos en el art. 23 de la Ley del Registro Civil: el de conformidad con la ley española y el de realidad del hecho inscrito.

Tras la negativa, el matrimonio interpuso un recurso ante la DGRN pidiendo de nuevo que los bebés constaran como hijos de la pareja en el Registro Civil español. Una vez estuvo notificado el Ministerio Fiscal, el encargado del Registro Civil Consular trasladó el expediente a la DGRN para que resolviera.

Antes que nada resulta interesante poner de relieve la percepción de Álvarez González respecto de los Registros Civiles y las inscripciones en los mismos. Dice que no necesariamente existe una correspondencia entre el reconocimiento de una situación y la constatación registral de la misma, en otras palabras, una filiación derivada de la gestación por sustitución existe aunque no esté inscrita¹⁵⁶. Debido a la concepción “doméstica” de los Registros, parece que todo lo que no se ajuste a nuestra concepción de hechos no resulte inscribible, algo preocupante para sociedades cada vez más internacionalizadas.

4.1.1. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DEL 18 DE FEBRERO DE 2009.

Con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009¹⁵⁷ se da respuesta a todo este episodio. Al igual que con sucesivas resoluciones y sentencias que serán estudiadas más adelante, fue duramente criticada, alabada y comentada por la doctrina.

¹⁵⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución". En FORNER DELAYGUA, J.J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., VIÑAS I FARRÉ, R., "Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado", (2013), 1ª edición, Madrid: Marcial Pons, pp. 77-90, pp. 79-80.

¹⁵⁷ Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución RJ 2009/1735 de 18 febrero 2009.

A pesar de que los procedimientos a través de los cuales una persona española, nacida en el extranjero, puede ser inscrita en el Registro Civil¹⁵⁸, dado que la solicitud de inscripción que realizó la pareja homosexual era mediante una certificación registral, es en ella en la que la DGRN centró toda su argumentación -dejando de lado cuestiones como el derecho aplicable y la determinación de la filiación¹⁵⁹-, excluyendo la aplicación del art. 10 LTRHA.

Del artículo 81 RRC –y base de la resolución- se desprende que de su aplicación, en opinión de la DGRN, se excluye tanto el uso de las normas españolas de conflicto de leyes -mencionando en específico el 9.4 CC¹⁶⁰- así como las normas sustantivas a las que se reconduciría, como la LTRHA y su art. 10. Entiende la DGRN que sólo serían aplicables si el supuesto hubiese surgido ante las autoridades españolas sin la existencia de una decisión previa de la autoridad pública extranjera¹⁶¹.

El hecho de que la certificación extranjera se califique como “decisión” se repite en varias ocasiones a lo largo del texto, algo apuntado por Álvarez González, probablemente como recurso de autoconvencimiento de que no deben aplicarse ni las normas de conflicto españolas ni el Derecho sustantivo español para decidir si se estima o no el recurso¹⁶². Cabe preguntarse, como hace Quiñones Escámez, si de haberse tenido en cuenta la sentencia extranjera –una decisión sin lugar a dudas- en la cual se fundamenta

¹⁵⁸ Por ejemplo: declaración del sujeto interesado ante el Encargado del Registro vía art. 168 CC, presentación de una certificación registral extranjera donde se constata el nacimiento y la filiación del nacido, reconocimiento voluntario, sentencia en proceso contencioso...

¹⁵⁹ RJ 2009/1735, FJ 5º de la RDGRN, de 18 de febrero de 2009: "Es indudable también que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto" (artículo 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el "Derecho aplicable" a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español."

¹⁶⁰ Esto ha sido criticado por varios autores, entre ellos Camarero González, que redacta: "La resolución que comentamos ha intentado eludir el grave problema de fondo con un enfoque unilateral que consiste fundamentalmente en negar el fraude de Ley y en argumentar de modo que quede desplazado el art. 9.4 CC y la función calificador del encargado del Registro, reduciendo su papel a un control formal de la decisión registral extranjera." En: CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., "Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución", *Diario La Ley*, 2012, núm. 7910, pp. 1-10, p. 7.

¹⁶¹ RJ 2009/1735, FJ 2º de la RDGRN, de 18 de febrero de 2009.

¹⁶² ALVAREZ GONZÁLEZ, S., "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, 2010, Iprolex, Madrid, pp. 339-377, p. 347. Disponible en: http://www.academia.edu/1969093/Efectos_en_Espa%C3%B1a_de_la_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_llevada_a_cabo_en_el_extranjero [última consulta 15/06/18]

el certificado californiano, el control de legalidad hubiera estado sujeto a un previo exequátur conforme al artículo 83 RRC¹⁶³.

Seguidamente se explica que dicha certificación registral extranjera debe superar un “control de legalidad”, que no exige “que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española”¹⁶⁴. De no hacerse así, se dañaría la seguridad jurídica, y, en consecuencia, la tutela judicial efectiva¹⁶⁵. En otras palabras, el hecho de reclamar una solución idéntica sería perjudicial para las partes interesadas porque les obligaría a plantear de nuevo la cuestión jurídica ante las autoridades españolas, de modo que la certificación registral extranjera no superaría el “cruce de frontera” y carecería de todo efecto jurídico en España¹⁶⁶. Con ello, además de que la economía procesal sufriría un fuerte daño, se fomentarían los “dobles procedimientos”, afectando negativamente no sólo a los particulares, sino a los Estados implicados¹⁶⁷.

El segundo aspecto clave lo recoge el fundamento jurídico cuarto, en el cual se establecen los requisitos legales que debería cumplir la certificación extranjera para poder acceder a nuestro Registro Civil. La DGNR consideró que sí se cumplían los tres siguientes requerimientos:

- La certificación registral debe de constar en un documento público autorizado por una autoridad extranjera¹⁶⁸.

¹⁶³ QUÍÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret*, 3/2009, pp. 1-42, pp. 13-14.

¹⁶⁴ RJ 2009/1735, FJ 3º de la RDGRN, de 18 de febrero de 2009. “... exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho internacional privado...”

¹⁶⁵ *Ibidem*. “En efecto, un mismo caso podría ser resuelto de una manera distinta en Estados distintos, de modo que la situación jurídica válidamente creada y legalmente existente en un Estado resultaría inexistente y/o inválida en España”.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ RJ 2009/1735, FJ 4º de la RDGRN, de 18 de febrero de 2009. “Con arreglo al art. 323.2º de la Ley de enjuiciamiento civil, un documento extranjero puede ser considerado como “público” cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como “documento público” o documento que hace “prueba plena en juicio” (art. 323.2º de la Ley de enjuiciamiento civil) y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 del Reglamento del Registro Civil) o apostilla. (...) En el presente caso, no cabe dudar, ni se ha dudado, de la autenticidad de la certificación registral extranjera, que se ha presentado con las exigencias formales exigidas por la legislación española. Por otro lado, se exige

- La certificación registral extranjera debe haber sido elaborada y adoptada por una autoridad que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas¹⁶⁹.
- Es necesario realizar un control de legalidad del acto que conste en la certificación registral extranjera, de forma que no sea contraria al orden público español y pueda tener “fuerza en España” y acceder entonces al Registro Civil español.

La DGRN ni discute los dos primeros requisitos ni pone en duda ni la competencia de la autoridad extranjera ni el respeto de los derechos de defensa de los interesados en referencia al último. Recordemos la inquietud de Quiñones Escámez respecto del control de legalidad de haberse tenido en cuenta que la certificación registral es inseparable de la sentencia californiana. “La DGRN acota el control de legalidad -sobre la base del artículo 81 del RRC- a la cuestión de la eficacia probatoria de los certificados de nacimiento como documentos públicos extranjeros -artículo 323 LEC-; y, notablemente, al límite del “orden público internacional”. Los argumentos que aporta la DGRN, respecto a la competencia judicial internacional podrían, empero, dar a pensar en una suerte de “control incidental” de la sentencia californiana. Lo que suscita la duda de si la vía que debiera seguirse para el control de legalidad es la del artículo 81 RRC o la del artículo 83 del RRC”¹⁷⁰.

La única de las condiciones anteriores en la que se detiene y analiza en mayor profundidad la DGRN es en el orden público internacional español, otro de los puntos relevantes de la Resolución. Desde el primer momento en la Resolución se subraya que éste no ha sido vulnerado por la certificación registral californiana al no lesionar “los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española”¹⁷¹. Las razones que se arguyen son diversas:

igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (art. 86 del Reglamento del Registro Civil), como también ha sucedido en el caso.”

¹⁶⁹ Para conocer si la autoridad registral extranjera es equiparable a la española, hay que remitirse a los dispuesto en el art. 85 RRC, que requiere que, entre otras, “*sea regular y auténtico, ... tenga garantías análogas*”.

¹⁷⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero...” op. cit., p. 37.

¹⁷¹ RJ 2009/1735, FJ 5º de la RDGRN, de 18 de febrero de 2009.

- a) El hecho de que la inscripción en el Registro Civil y la filiación se realice a favor de un matrimonio compuesto por dos hombres no supone la violación del orden público internacional español, dado que, en el propio Derecho español, esta última está permitida en casos de adopción -sin distinción entre hijos naturales y adoptados dado que ambos se consideran iguales-¹⁷². Además, se recuerda de que en el hipotético caso de que fuese dos mujeres, dicha filiación se permitiría en base al art. 7.3 de la LTRHA, por lo que, de negarse a la filiación de los dos varones, sería discriminatorio y en contra del art. 14 de la Constitución Española¹⁷³ -en adelante CE-.

La DGNR incide en numerosas ocasiones a lo largo de la Resolución en la cuestión de evitar la discriminación del matrimonio homosexual. Sin embargo, hay autores como Bercovitz Rodríguez-Cano que aseguran que el trato discriminatorio no se produciría, alegando que “no es cierto que el art. 14 CE sea contrario a que 7.3 LTRHA no pueda aplicarse a los matrimonios homosexuales integrados por varones y sí a los (...) integrados por mujeres, por la sencilla razón de que se trata de situaciones distintas”¹⁷⁴. Además, también considera que el art. 14 CE determina la igualdad entre aquellos hijos adoptados y naturales, pues las “diferencias legales que puedan establecerse entre unos y otros no derivan de discriminación por razón de nacimiento”¹⁷⁵.

Por otro lado, Hualde Manso apunta la omisión del art. 176.2.2º CC¹⁷⁶, vía de adopción a la que también pueden acudir los matrimonios y parejas de varones en determinadas circunstancias, y obviamente, también aquellos compuestos de mujeres. La vía del 7.3 LTRHA no implica que el simple matrimonio entre mujeres conlleve a la inscripción del hijo como matrimonial, pues es necesario un consentimiento previo al parto concedido por aquella esposa que no dé a luz. Recalca que ante la más que evidente

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” En: Constitución Española, BOE núm. 311, de 29/12/1978.

¹⁷⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil*, 2009, núm. 3, pp. 2117-2119, p. 2118.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Art. 176.2. 2º CC: “Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta. No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.”

imposibilidad de que en una pareja de hombres uno de ellos dé a luz prescindiendo de la maternidad, la LTRHA ni ninguna otra ley pueda prever un mecanismo que resulte en una doble paternidad¹⁷⁷.

- b) Se aconsejan tanto la inscripción como la filiación alegando el “interés superior del menor”. La DGRN reitera este principio varias veces, recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷⁸ (en adelante CDN), y equiparándolo al derecho que tienen los bebés a una identidad única¹⁷⁹, es decir, a una única filiación independientemente del país en el que se encuentren.

El interés superior del menor es el principal argumento -no hace falta más que una liviana lectura de la Resolución para percatarse de ello- de la DGRN para permitir que tenga efectos una institución no permitida en España, como es la gestación por sustitución. Álvarez González avisa de que el “uso y abuso de la noción de “interés superior del niño” hace que cualquier tipo de construcción más o menos ortodoxa en términos de reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero pueda estar condenada a quedarse en una gran antesala técnicamente atractiva que da paso a una decisión más o menos voluntarista a la luz de las circunstancias”¹⁸⁰.

- c) Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la “vinculación genética”¹⁸¹. A razón de ello, se concluye que “no existen

¹⁷⁷ HUALDE MANSO, M.T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2012, vol. 1, núm. 10, pp. 35-47, p. 40.

¹⁷⁸ Art. 3 CDN: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” En: Convención sobre los derechos del Niño, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897- 38904.

¹⁷⁹ RJ 2009/1735, FJ 5º de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009: “Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989.”

¹⁸⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*, pp. 77-90, p. 86. Disponible en: http://www.academia.edu/4494552/Reconocimiento_de_la_filiaci%C3%B3n_derivada_de_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n [última consulta 15/06/18]

¹⁸¹ RJ 2009/1735, FJ 5º de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Véase por ejemplo el art. 7.3 LTRHA, que permite la filiación a favor de dos mujeres.

obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones españoles”¹⁸².

- d) No cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, dado que no han utilizado una "norma de conflicto" ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. Es más, la DGRN tampoco entiende que se haya producido “Forum Shopping fraudulento” al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española¹⁸³.
- e) Se vuelve a hacer hincapié en que no es una cuestión de determinación de ley aplicable, por lo que no procede el art. 10.2 LTRHA. De esta forma, a lo largo de la Resolución la DGRN no se pronuncia sobre la ilegalidad de la maternidad subrogada, y, como la filiación ya había sido determinada por las autoridades californianas, sólo se debía determinar la inscripción de la misma o no en el Registro Civil -algo que recomienda alegando el principio de “interés superior del menor”-.

Por último, referido a la nacionalidad de las personas nacidas fruto de la gestación por sustitución, la DGRN habla de lo que se conoce como fenómeno del “círculo vicioso” o “doble espejo”, posible dada la proximidad entre la filiación y la nacionalidad¹⁸⁴. Es decir, para la aplicación del art. 9.4 CC¹⁸⁵ en caso de no haber residencia habitual ser menor, para su filiación es decisiva que exista una nacionalidad acreditada del mismo.

¹⁸² Ibídem.

¹⁸³ Ibídem.

¹⁸⁴ RJ 2009/1735, FJ 6º de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009: “...es necesario saber qué "filiación" ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta "nacionalidad española", mientras que es necesario también saber qué "nacionalidad" ostenta el sujeto para saber cuál es su "filiación"”.

¹⁸⁵ Art. 9.4 CC: “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.”

En el presente caso no estaba acreditada la nacionalidad de los menores, por lo que se presentaba el “círculo vicioso” de que para conocer la filiación de los bebés era necesario saber su nacionalidad y viceversa. Esto se resolvió acudiendo al art. 17.1. a) CC¹⁸⁶, y, como había “indicios racionales de su generación física por progenitor español”¹⁸⁷, no se exigía que la filiación de los nacidos se hubiese determinado legalmente.

Por otro lado, Espinar Vicente acusa la falta de datos biológicos que fundamentan la nacionalidad española de los nacidos, y encuentra perturbador el párrafo en el que se asegura que: “Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. En la disyuntiva de dejar a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español -art. 17.1 del Código Civil- sin filiación inscrita en el Registro Civil”. Divaga entonces, y con razón, que “en matrimonio homosexual cabe descartar la generación natural en su variante de asistida pero sólo podría determinarse en relación con uno sólo de los cónyuges”¹⁸⁸. Las alternativas que restan son dos entonces: que sean fruto de una gestación de sustitución o que sean adoptados. Y, dado que se afirma “que “son indudablemente hijos de ciudadano español” solo puede derivarse de la existencia de un contrato de gestación por sustitución. (...) En este caso la única vía jurídicamente hábil para determinar la nacionalidad española del hijo estriba en considerar que, en la certificación extranjera hay un hecho probado y otro imposible”¹⁸⁹. Sólo uno de los hombres puede ser el padre biológico -o cada uno de ellos es el padre de uno de los dos niños-, pero nunca los dos.

Finalmente, y, en consecuencia, la DGRN estima el recurso y ordena que se proceda a la inscripción, en el Registro Civil Consular, del nacimiento de los menores a favor del matrimonio homosexual. En resumen, los puntos clave esgrimidos fueron:

- El interés superior del menor, que tiene derecho a una identidad única.

¹⁸⁶ Art. 17.1.a) CC: “*Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles.*”

¹⁸⁷ RJ 2009/1735, FJ 6º de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

¹⁸⁸ ESPINAR VICENTE, J.M., “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de la Ley”. En IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea.” 1ª edición. Valencia: *Tirant lo Blanch*, 2012, pp.891, pp. 589-604, p. 596

¹⁸⁹ *Ibidem*.

- La filiación a favor de una pareja de varones se admite por las leyes españolas, pues ésta no tiene que ser necesariamente determinada por vinculación genética.
- La inaplicación de las leyes españolas -en concreto el art. 10 LTRHA-, al no ser un conflicto de ley aplicable, sino de reconocimiento de una certificación registral extranjera.

La DGRN ha resuelto el caso, pero se palpa una ausencia decisiva en el texto. Es cierto que si se pide que se practique una inscripción en base a una certificación registral extranjera uno de los artículos de referencia es el 83 RRC; pero, ¿dónde queda el art. 23 LCR? En éste, recordemos, se estipula que también pueden practicarse las inscripciones, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Aquí si existe una mención expresa a la ley española de la que el 83 RRC carecía. ¿Esta remisión ha de entenderse dirigida a la totalidad del ordenamiento jurídico? Es una cuestión conflictiva. Álvarez González considera que sí, incluidas las normas de conflicto –que eventualmente pueden conducir a la ley extranjera-¹⁹⁰. En contraposición, Calvo Caravaca y Carrascosa González no lo consideran así, y defienden que el art. 23 LRC debe ser interpretado conforme a que la legalidad española está representada por los arts. 81 y 83 RRC¹⁹¹.

Las condiciones que establece el art. 23 LRC para el reconocimiento fueron sustituidas por los tres requisitos, mencionados poco después de iniciar el análisis de la presente Resolución, que pueden ser aceptables o no y de apariencia voluntarista¹⁹², que en realidad no lo son. Álvarez González se dio cuenta de ello, pues esas condiciones son las que recoge el art. 98 de la nueva LRC –que en el año 2009 no era más que un Proyecto de Ley-. “Si obviamos el discurso formal de la DGRN, empeñado en decir que está

¹⁹⁰ ALVAREZ GONZALEZ, S., “Efectos en España de la gestación por sustitución...” op. cit., p. 348.

¹⁹¹ Según ellos, la tesis legeforista de aplicación sistemática del Derecho sustantivo español, “está construida sobre un error clarísimo. El error consiste en no percibir que estos casos plantean una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones” y no una cuestión de Derecho aplicable a la filiación (...) Para esta tesis, lo que consta en el documento público registral extranjero tiene el mismo valor jurídico que lo que consta en una mera y simple certificación expedida por un hospital en la que se refleja el nacimiento de una persona: son “puros y meros hechos”. Es evidente que, si esto fuera así, los arts. 81 y 83 RRC no existirían”. En: CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, núm. 2, pp. 45-113, p. 57.

¹⁹² *Ibidem*, p. 350.

valorando la eficacia en España de una decisión -certificación- registral extranjera, lo cierto es que está aplicando las condiciones de reconocimiento de resoluciones extranjeras”¹⁹³.

La DGRN intenta por todos los métodos que posee adaptar la Resolución, de forma que en su conclusión final sea admitida la inscripción en el Registro Civil. Ciertamente, si algún mérito hay que concederle a esta Resolución es haber puesto de manifiesto las carencias tan palmarias que existen en nuestro sistema para afrontar una realidad cuya regulación sustantiva se muestra contraria, mientras que el sistema de Derecho Internacional Privado apuesta por un reconocimiento amplio¹⁹⁴.

4.1.2. SENTENCIA NÚMERO 193/2010 DE 15 DE SEPTIEMBRE, DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE VALENCIA Y EL RECURSO ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010¹⁹⁵ (en adelante SJPI) es fruto del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal mediante procedimiento ordinario contra la Resolución analizada anteriormente. En ella se estima de forma íntegra el recurso, dejando sin efecto las inscripciones de nacimiento en el Registro Civil español de los menores y ordenando su cancelación.

El motivo que impulsó el recurso, fue la posibilidad, a ojos del Ministerio Fiscal, de que hubiese habido falsedad documental debido a que en la documentación no figura en ningún momento la madre que dio a luz a los bebés, pues se había hecho constar directamente como padres al matrimonio homosexual. Esto se debía, como ya se ha expuesto, a que la filiación se había realizado por la autoridad estadounidense siguiendo su propia legislación, que, al contrario de lo que pasa con la normativa española, ésta no

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011...”, *op. cit.*, p. 307.

¹⁹⁵ Juzgado de primera instancia de Valencia núm. 15, sentencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre.

tiene por qué ser determinada por el parto. Los puntos clave que trata la sentencia son los siguientes:

En primer lugar, hay que recordar que la DGRN había realizado un estudio sobre el alcance del artículo 81 RRC, con el cual la SJPI discrepará. El Tribunal afirma que la DGRN había ignorado –como Álvarez González o Durán Ayago habían ya recalcado¹⁹⁶– el superior rango normativo que poseía el artículo 23 de la LRC con respecto al anterior. Esta omisión puede deberse a una estrategia, arriesgada e ilógica, por parte de la DGRN para argumentar de manera que se pudiese conseguir la inscripción de los mellizos. Si bien, el artículo 9 establece que los Encargados del Registro, cualquiera que sea el cargo o el empleo que desempeñen, deberán cumplir las órdenes e instrucciones que dicte la Dirección General de los Registros y del Notariado, en todos aquellos asuntos relativos al Registro Civil; también están obligados por el artículo 23 del mismo cuerpo legal, y por los artículos 81 y 85 del RRC, a realizar un control previo de legalidad para garantizar que toda solicitud de inscripción que se someta a su calificación, es conforme con la Ley española.

La importancia de este artículo olvidado, hace que el análisis diese un giro considerable al razonamiento expuesto por la DGRN en relación a la no aplicación de las normas sustantivas españolas, en especial de la LTRHA. “Para que pueda practicarse la inscripción en el registro español de una certificación extendida por un registro extranjero es necesario en primer lugar que se compruebe por el encargado del registro la realidad del hecho inscrito (...), pero todavía queda un segundo examen por parte del encargado del registro, examinar si la inscripción que se pretende es conforme con la ley española (...), es en este contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la Ley 14/2006 -LTRHA-”¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Véase ALVAREZ GONZALEZ, S., “Efectos en España de la gestación por sustitución...” op. cit.; DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011...”, op. cit., p. 285: “En esta ocasión, la DGRN ignora el art. 23 LRC (no lo cita ni una sola vez a lo largo de su Resolución)...”

¹⁹⁷ SJPI núm. 193/2010, FJ 3º.

La realidad del hecho inscrito se refiere a no tener ninguna duda fundada de que lo que consta en la certificación extranjera sea real¹⁹⁸. Este hecho que debe ser constatado por el encargado del registro, cuya labor no debe quedarse tan sólo en el control formal, sino que también sobre el control material; es decir, “el encargado debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores cuya inscripción se pretende”¹⁹⁹. El control material incluido junto con el formal en el art. 23 LRC no fue llevado a cabo.

La SJPI recalca que, a pesar de la claridad de la certificación de inscripción extranjera en la que se establecía como padres de los mellizos al matrimonio homosexual, desde la perspectiva legislativa española esto no podía ser por imposibilidad biológica²⁰⁰. En consecuencia, esta incapacidad de ser padres ambos varones, siembra la duda sobre la realidad del hecho inscrito, y al demostrarse esta, para la SJPI resultaba inconcebible plantearse la inscripción de los niños²⁰¹.

En resumen, el deber del encargado era comprobar si, atendiendo al art. 23 LRC, la certificación extranjera sería legal conforme a la ley española, y en concreto, la LTRHA²⁰². Por lo que, siguiendo esta argumentación se demostró que la certificación no respetaba las normas españolas que establecían la nulidad de los contratos de la gestación por sustitución. “Si ponemos estos artículos en concordancia con el artículo 10 de la Ley 14/2006, deberá determinarse que toda solicitud de inscripción de menores que tenga su origen en un contrato de gestación por sustitución, no superará este control de legalidad previo, por lo cual, el Encargado deberá denegar su acceso al Registro Civil”²⁰³.

¹⁹⁸ “La filiación derivada de la gestación por sustitución existe aunque no esté inscrita. El problema (...) es que el Registro Civil -y todos los registros civiles en general- han sido concebidos -y siguen siendo concebidos- sobre la base de sociedades menos internacionalizadas que las actuales; muy pegadas a la concepción doméstica del estado civil y poco abiertas a las concepciones de otros sistemas...”. En: ALVAREZ GONZALEZ, S., “Reconocimiento de la filiación derivada...”, op. cit., p. 80.

¹⁹⁹ SJPI núm. 193/2010, FJ 3º.

²⁰⁰ *Ibidem*. Por lo general, estos controles se realizan en la medida en que se quiere verificar que el contenido de la certificación registral extranjera no es contradictoria con la ley española.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Ibidem*: “No existe duda de que la Ley 14/2006 -o LTRHA- es una ley española y por lo tanto el encargado de registro viene compelido por este artículo 23 a examinar si la certificación extranjera vulnera el contenido de esa ley y por lo tanto para resolver esta cuestión debe examinarse si existe o no vulneración de la misma.”

²⁰³ VELARDE D’AMIL, Y., “Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: no inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación

En segundo término, vuelve a cobrar relevancia el orden público. La no vulneración del mismo defendida por la DGRN es entredicha por el Tribunal, que discrepa alegando que:

- “Los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales por la sencilla razón que los varones no pueden, en el estado actual de la ciencia concebir ni engendrar”²⁰⁴.
- El motivo por la cual se les impedía, al matrimonio, la inscripción en el Registro Civil español no era por su condición homosexual; sino que “los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución”²⁰⁵. La prohibición yacía en que se había dado un contrato de gestación por sustitución y que tal contrato era nulo de pleno derecho en el ordenamiento español. Tan simple como eso²⁰⁶.
- A pesar de estar de acuerdo con el hecho de que el principio del interés superior del menor recomendaba que los bebés fuesen inscritos con la intención garantizar de que tuviesen una identidad única, “el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes²⁰⁷ para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de la pareja, pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece”²⁰⁸.

La doctrina se muestra una vez más dividida respecto a las opiniones de estas declaraciones. Parte de los autores, como Vela Sánchez²⁰⁹ entienden que el principio de

por sustitución.”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, Revista sobre la infancia y la adolescencia, 3, 61- 70 - Septiembre 2012, pp. 61- 70, p.68.

²⁰⁴ SJPI núm. 193/2010, FJ 4º

²⁰⁵ Ibídem: “...esta consecuencia jurídica le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento”.

²⁰⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, 2010, núm. 7501, pp. 1 - 7, p. 4.

²⁰⁷ El Tribunal se refiere a la reclamación de paternidad por parte del padre biológico y la posterior adopción de los bebés por parte de su cónyuge.

²⁰⁸ SJPI núm. 193/2010, FJ 4º

²⁰⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J., "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011", *Diario La Ley*, 2012, núm. 7815, pp. 1 -15., p. 10.

interés superior del menor – cuyo abuso ya criticaba Álvarez González²¹⁰- no puede ser empleado para justificar la ilegalidad de los actos del matrimonio en cuanto que existían otros medios para alcanzar su objetivo de inscribir a los niños como suyos. La otra cara de la moneda es la posición de, por ejemplo, De Verda y Beamonte, que califica esas otras herramientas existentes en el ordenamiento jurídico como absurdas, al considerar que “utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y, si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado?”²¹¹. Sin embargo, para que esta última opinión sea coherente es necesario crear un nuevo cuerpo específico en el que se aborde la situación de la gestación por sustitución.

Por otro lado, cabe destacar, en opinión de Jiménez Martínez, “que esta sentencia haga un guiño a la posibilidad de que el matrimonio de varones pueda alcanzar el mismo resultado, que se les ha negado, utilizando otros mecanismos ofrecidos por nuestro ordenamiento jurídico”²¹², por lo que vaciaría de sentido la normativa española que sanciona la gestación por sustitución.

El último punto clave de la sentencia lo constituye el *forum shopping* fraudulento, en cual la DGRN no profundizó demasiado. Se considera que lo único que justifica su acción de acudir a California -donde está permitida la gestación por sustitución- es que son “conocedores que en España la gestación por sustitución está prohibida y que de producirse el alumbramiento en este país no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos”²¹³, teniendo lugar, entonces, *forum shopping* fraudulento.

Esta sentencia será recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial, pero dicho recurso será desestimado y la SJPI será confirmada por la sentencia de la Audiencia

²¹⁰ “El uso y abuso de la noción de “interés superior del niño” hace que cualquier tipo de construcción más o menos “ortodoxa” en términos de reconocimiento de filiación derivada de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero pueda estar condenada a quedarse en una gran antesala técnicamente atractiva que da paso a una decisión más o menos voluntarista a la luz de las concretas circunstancias.” En: ALVAREZ GONZALEZ, S., “Reconocimiento de la filiación derivada...”, op. cit., p. 86.

²¹¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución...”, op. cit., p. 6.

²¹² JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2012, núm. 5, pp. 365-381, p. 374.

²¹³ SJPI núm. 193/2010, FJ 4º

Provincial de Valencia núm. 949/2011²¹⁴. En ella se continuó el mismo discurso legeforista, superponiendo la aplicación sistemática del derecho sustantivo español, y, en consecuencia, el art. 10.1 LTRHA. Se hace hincapié en que:

- El contrato de gestación es nulo al resultar de aplicación la legislación española – art. 10 LTRHA -, y, por el mismo motivo la filiación corresponde a la mujer que da a luz.
- La filiación establecida por las autoridades norteamericanas no podía surtir efecto en España por lo anteriormente expuesto –y al considerar que los sujetos operaron en fraude de ley²¹⁵–.

4.1.3. INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.

Tras la impugnación de la Resolución de 18 de febrero de 2009, la DGRN no se hace esperar y elabora la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución²¹⁶. Los objetivos de la misma son, tanto proteger el interés superior de aquellos menores nacidos mediante la técnica de reproducción asistida²¹⁷, como la protección de las mujeres gestantes²¹⁸. Para ello, impone una serie de requisitos en el proceso para la inscripción de los bebés nacidos bajo estas condiciones:

- Se exige la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial²¹⁹ -junto a la solicitud de inscripción- dictada por Tribunal

²¹⁴ Juzgado de la Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia núm. 948/2011 de 23 de octubre de 2011.

²¹⁵ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., "Derecho Internacional Privado", vol. II, decimosexta edición, *Comares*, Granada, 2016, pp. 387-407, p. 392.

²¹⁶ Dirección General de los Registros y del Notariado, Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE núm. 243 de 7 octubre 2010, pp. 84803-84805.

²¹⁷ Instrucción de 5 de octubre de 2010: "...finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución..."

²¹⁸ *Ibidem*: "...la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres."

²¹⁹ *Ibidem*: "...la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo (LTRHA), sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna."

competente del país extranjero. Con ello se pretende “controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato -y verificar que no existe una simulación que encubra el tráfico internacional de menores- respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante”²²⁰.

- El reconocimiento de dicha resolución se hará de acuerdo con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo²²¹. Pero, si se da el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no queda sometida al requisito de homologación, y será suficiente el control incidental del encargado que consistirá en:

“a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

*b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española*²²².

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento

²²⁰ Ibídem: “En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos”

²²¹ Ibídem: “...serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, (...) en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia...”

²²² Uno de los principales reproches que recibe la Instrucción es que este requisito no debería exigirse: “Este “sistema bilateralista” no tiene el más mínimo sentido. Dicho sistema pretende “imponer” al resto del mundo los criterios de competencia internacional de los tribunales españoles. Este sistema arranca del presupuesto, falso y equivocado, de que todos los tribunales de todos los Estados del mundo deben comportarse como los tribunales españoles y que deben aplicar, para declararse competentes, en los casos internacionales, la legislación española.” En CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Gestión por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, vol. 7, núm. 2, pp. 45-113, p.65.

de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”²²³.

Como se puede observar, llama la atención que entre estas condiciones de rechazo en el reconocimiento incidental, la DGRN se haya olvidado por completo del orden internacional público, tan traído a colación anteriormente. Esto podría conducirnos a situaciones absurdas, como que, ante una resolución judicial extranjera en la que se reconozcan a tres progenitores o más, ésta debería ser reconocida en España²²⁴.

Por otro lado, se sostiene que la resolución que determine la filiación del niño nacido, dictada por la autoridad judicial extranjera correspondiente en procedimiento jurisdiccional contencioso, deberá ser reconocida en España en virtud de los art. 954²²⁵ y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Dicho de otro modo, para que el Encargado del Registro Civil español acepte la inscripción de la resolución, éste debe haber superado previamente el procedimiento del exequátur, o si no, será denegada. EN contraposición, de provenir la resolución de la jurisdicción voluntaria o de un procedimiento análogo al español, la inscripción de la filiación del menor no queda sometida al requerimiento del exequátur, sino al reconocimiento de dicha resolución por parte del Encargado del Registro Civil en los términos de control incidental estipulados anteriormente.

Aunque la finalidad de esta Instrucción era la adecuada, también como en los textos predecesores, son apreciables varios aspectos criticables. El criterio clave de esta Instrucción se reduce a la afirmación de que únicamente serán inscribibles las relaciones

²²³ Instrucción de 5 de octubre de 2010, directriz Primera.3.

²²⁴ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado...”, op. cit., p. 87.

²²⁵ Art. 954 LEC: “Las ejecutorias tendrán fuerza si reúnen las siguientes circunstancias: 1ª. Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal; 2ª. Que no haya sido dictada en rebeldía; 3ª. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España; 4ª. Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las Leyes españolas requieren para que haga fe en España.”

de filiación constituidas mediante resolución judicial, excluyéndose las certificaciones registrales y las declaraciones acompañadas de certificación médica²²⁶. El principal problema que surge con esta medida es que no se permitiría la inscripción de ninguna filiación constituida en un Estado en el que no se proporcionase dicha resolución, provocando una gran discriminación entre unas familias y otras. Que se dicte una resolución judicial puede resultar imposible en ciertos casos, en cuanto que hay Estados en los que “no existen procedimientos judiciales que acrediten la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. Puede suceder, en efecto, que en el país extranjero del que se trate, la filiación se acredite, exclusivamente, por actas del Registro Civil extranjero del lugar del nacimiento que se extienden a la vista del certificado médico de nacimiento, en el que, con frecuencia, no constan los datos de la mujer que da a luz para salvaguardar su privacidad”²²⁷. Se produce una discriminación entre Estados, en cuanto que con este método, la DGRN da a entender que no todos los mecanismos son igual de válidos, afectando a la autonomía legislativa de la que los diferentes países deben gozar.

Calvo Caravaca y Carrascosa González realizan una extenso y profundo análisis crítico -del que ya se han mencionado algunos comentarios-, en el que se pueden destacar las siguientes observaciones:

- Después de todo, el art. 10 de la LTRHA, sólo será aplicable junto con la Ley en su totalidad si se suscita un “caso declarativo”²²⁸ que afecte a la filiación de un hijo español. De no darse esta circunstancia, la ley aplicable será la ley nacional del hijo extranjero o, en caso de existir una decisión pública extranjera sobre la filiación, se suscitará una cuestión de reconocimiento -algo ya tratado en la Resolución de 2009-.
- El hecho de que se obligue a presentar una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos tras la gestación por sustitución, es una exigencia contraria a la legislación española, en concreto los art. 81 y 85 RRC²²⁹. En

²²⁶ COBACHO GÓMEZ, J., LECIÑENA IBARRA, A. “Comentarios a la Ley del Registro Civil”, *Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi*, 2012, pp. 1331-1346.

²²⁷ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado...”, op. cit., p. 64.

²²⁸ Se trata de una controversia relativa al Derecho aplicable a la filiación que debe decidirse por las autoridades españolas en el marco de un “proceso de cognición directo”. En: *Ibidem*, p. 63.

²²⁹ *Ibidem*.

ellos se permite la inscripción en el Registro Civil del nacimiento producido en un país extranjero mediante la presentación de un acta registral extranjera, y en ningún momento se exige que se haya dictado una resolución judicial previa en lo que respecta a la gestación por sustitución.

Incluso, esta “judicialización”²³⁰ resulta contraria a la función primordial del Registro Civil, que es proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria”²³¹. Supone una exoneración de responsabilidades legales de los encargados del Registro, cuyo deber es calificar e inscribir actas registrales extranjeras.

Esta Instrucción es considerada por varios autores simplemente ilegal. Durán Ayago advierte que las pautas y directrices de las Instrucciones de la DGRN se deben fijar respetando la legalidad vigente²³², y las matizaciones que se introducen en el presente texto analizado, modulan esa legalidad de tal forma que sobrepasa lo establecido en los artículos 23 LRC y 81, 83 y 85 RRC, que tanto en el caso de la Resolución como en el de la Instrucción son ignorados o interpretados a conveniencia²³³. En la misma línea se encuentra Pérez Vaquero, que plantea la duda más que razonable de si la presente Instrucción es un atajo -irregular- para reconocer consecuencias jurídicas en España a una conducta que nuestro ordenamiento no admite²³⁴.

²³⁰ Acudir a los juzgados debe ser siempre evitable, no sólo por economía procesal, eludir el colapso judicial o el hecho de que los tribunales extranjeros en estos casos no lo exijan para determinar una filiación, sino que nuestro ordenamiento jurídico posee sus propios mecanismos para la inscripción en el Registro Civil español.

²³¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, pp. 147 -174, p. 163

²³² Como ya se adelantaba en este trabajo en el epígrafe sobre la legislación española, “en su apartado segundo, el art. 98 de la nueva LCR confirma lo ya avanzado por la DGRN, si bien ésta sin legitimación para ello...”. En: DURÁN AYAGO, A., “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras...”, op. cit., p. 299.

²³³ DURÁN AYAGO, A., “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras...”, op. cit., p. 295.

²³⁴ PÉREZ VAQUERO, C., “Diez claves para conocer los vientres de alquiler”, *Noticias Jurídicas*, diciembre 2010. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/> [última consulta 25/04/18]

4.1.4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014 Y AUTO DE 2 DE FEBRERO DE 2015.

El recorrido procesal del matrimonio homosexual cuyos hijos fueron engendrados en California continúa con la interposición de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo tras la desestimación del recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia el día 15 de septiembre de 2010, y en el cual la Audiencia Provincial de Valencia confirma la sentencia previa. La complejidad del caso –que ha servido de lanzadera para debatir las diferentes cuestiones jurídicas que rodean a la figura de la gestación pos sustitución- no radica únicamente en el caso en sí mismo, sino en todo aquello que está en juego a causa de dicho supuesto, pues afecta a ámbitos como la personalidad, la vida privada de las personas y el propio concepto de familia, y todo ello en un contexto transfronterizo.

Como se ha visto durante los anteriores apartados, es que han intervenido diferentes órganos debido a la gran cantidad de problemas de forma y fondo a los que afecta. En este sentido, se ven implicados jueces y tribunales, la Administración Pública con la Dirección General de los Registros y del Notariado, la doctrina, civilistas, internacional privatistas, constitucionalistas y la sociedad en general, lo cual, si bien enriquece el debate, a su vez lo vuelve mucho más complicado²³⁵.

La Sentencia del Supremo de 6 de febrero de 2014²³⁶ desestima el recurso presentado por la pareja que pretendía inscribir como hijos a los mellizos nacidos en California, confirmando así la cancelación ya ordenada en primera instancia y en apelación, de la inscripción del nacimiento de los niños, llevada a cabo en el Registro Civil consular correspondiente. Resumidamente, el Tribunal Supremo entiende que aceptar la filiación contenida en la certificación registral extranjera atenta contra el orden público internacional español.

El motivo invocado es único, y se fundamenta en la posible “infracción del artículo 14 de la Constitución Española, por vulneración del principio de igualdad, en

²³⁵ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales...”, op. cit., pp. 292-295; ÁLVAREZ DE TOLEDO, L. “El futuro de la maternidad subrogada en España...”, op. cit., pp. 8-12.

²³⁶ Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), Sentencia 247/2014 de 6 de febrero de 2014.

relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrados en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989”²³⁷. Los argumentos fundamentales que expone el Tribunal Supremo para negar el reconocimiento de la filiación -que entiende que supone un ataque al orden público internacional español-, pueden ser recapitulados²³⁸ de la siguiente forma:

Las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, de modo que la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español, y de estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo²³⁹. Sin embargo, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en aquel de otros países basados en similares principios y valores, destaca la sentencia que es aceptable que la generalización de la adopción y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño. Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo acude, en primer lugar, a la premisa de la comercialización o mercantilización de la mujer. En este discurso el alto Tribunal afirma que la gestación por sustitución vulnera “la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación²⁴⁰ y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de

²³⁷ STS 6 de febrero 2014, FJ 2º.

²³⁸ Esos principios y valores fundamentales deben ser buscados, explica el Supremo, en la referencia del art. 10.1 de la Constitución a la dignidad, en el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio (art. 32), en el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), en los principios de protección de la familia, de protección integral de los hijos, la consagración de la igualdad de éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). También formarían parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución), y el derecho a la integridad física y moral de las personas, que también tiene reconocimiento constitucional (art. 15). En: STS 6 de febrero 2014, FJ 3º punto 5.

²³⁹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la TST 835/2013, de 6 de febrero de 2014”, *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 400-419, p. 413.

²⁴⁰ El Tribunal Supremo parece ignorar la existencia de la gestación por sustitución altruista, que no implica ningún lucro económico.

elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”²⁴¹.

Las discrepancias a este argumento no se hacen esperar, pues en el propio voto particular de la sentencia²⁴² se reconoce que esta afirmación no se puede generalizar dado que “a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se la explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica”²⁴³. Esta línea seguida la critican Calvo Caravaca y Carrascosa González, en cuanto que consideran que sólo pudo haber habido vulneración de la dignidad de la mujer y del menor –y por lo tanto vulneración del orden público español- si este último ha sido objeto de comercio, o que la mujer gestante haya sido engañada o que en su consentimiento concurriese algún vicio –intimidación, pobreza, situación de pobreza...- entre otros similares²⁴⁴.

El desacuerdo en el que se sume la doctrina muestra dos posturas claramente enfrentadas y opuestas. Por un lado, en la valoración que realizan sobre la dignidad de la mujer gestante Presno Linera y Jiménez Blanco, advierten que no les parece “que el Tribunal Supremo se encuentre en mejores condiciones que los tribunales del Estado de California para presumir que debe evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza”²⁴⁵. Por otro, ésta opinión es confrontada por Salazar Benítez, que argumenta que “no se trata de que el TS se encuentre

²⁴¹ STS 6 de febrero 2014, FJ 3º punto 6.

²⁴² El Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, emitió un voto particular, al que se adhirieron los Magistrados D. José Ramón Ferrandiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.

²⁴³ STS 6 de febrero 2014, Voto particular, FJ 2º, punto 3.

²⁴⁴ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Derecho Internacional Privado”, op. cit., p. 397.

²⁴⁵ PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P., “Libertad, igualdad y ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, p. 16.

en mejores o en peores condiciones que otros tribunales, sino de que en su sentencia se limita a hacer una valoración, que puede ser discutible, pero que es legítima”²⁴⁶.

En segundo lugar, y siguiendo la idea de que no existe más gestación por sustitución que la que tiene una finalidad lucrativa, alega la existencia de una “discriminación económica”²⁴⁷. Al afirmar que esta técnica de reproducción asistida llevada a cabo en el extranjero sólo está al alcance de aquellos ciudadanos con altos ingresos económicos, da a entender el Tribunal que existiría una discriminación económica en cuanto que la no totalidad de la población podría acceder a tales métodos. Calvo Caravaca y Carrascosa González se llegan incluso a burlar de esta argumentación, creando el símil de que debería negarse el reconocimiento de las adopciones en el extranjero en cuanto que las mismas requieren de un poder adquisitivo elevado, el cual la mayor parte de la población no tiene²⁴⁸.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo recurre al *Forum Shopping fraudulento*²⁴⁹, pues considera que los particulares “se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España”²⁵⁰. El hecho de que al final los que paguen las actuaciones fraudulentas de los adultos sean los niños no parece excesivamente convincente. ¿Qué ocurre entonces con el interés superior de los menores? Como bien aduce Álvarez González, “la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño”²⁵¹.

En el Fundamento Jurídico Quinto el Alto Tribunal explora la figura del interés superior del menor, y asegura que es “un concepto jurídico indeterminado, esto es, una

²⁴⁶ SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 99, mayo-agosto 2017, pp. 79-120, p.95.

²⁴⁷ STS 6 de febrero 2014, FJ 3º punto 6: “...creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales...”

²⁴⁸ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Derecho Internacional Privado”, op. cit., p. 397.

²⁴⁹ Se trata de una excepción al reconocimiento en España de aquellas decisiones extranjeras, y que ha sido diseñada para castigar a los responsables de dicho movimiento de “deslocalización artificial de la relación jurídica”, esperando obtener algún beneficio legal.

²⁵⁰ STS 6 de febrero 2014, FJ 3º punto 7.

²⁵¹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, 2010, pp. 339–377, p. 362.

cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial”²⁵². Y, ante el discurso de la pareja de que el único modo de satisfacer el interés de los menores es reconocer la filiación²⁵³, el Tribunal responde que “la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”²⁵⁴.

Las críticas a este aspecto son si cabe más tajantes en el propio voto particular, que asegura que “no hay orden público si en el caso se contrariaría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”²⁵⁵. Incluso en el propio devenir de la sentencia se llega a asegurar que “es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores”²⁵⁶. Puede parecer que la negativa a su inscripción supondría a un perjuicio para los menores, dado que tendrían distintos nombres y padres dependiendo del país en el que se encontrasen, y atentaría contra su derecho a una identidad única.

Sin embargo, a pesar de la jurisprudencia internacional²⁵⁷ presentada por los padres relativa al derecho a una identidad única, en opinión del TS, no servía para nada. La razón radicaba en que en estas sentencias, aquellos menores tenían una vinculación efectiva con dos Estados distintos -por la diferente nacionalidad de sus padres o por ser

²⁵² STS 6 de febrero 2014, FJ 5º punto 3.

²⁵³ Recordando y fundamentándose el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

En similares términos se expresa el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según el cual, “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

²⁵⁴ STS 6 de febrero 2014, FJ 5º punto 6.

²⁵⁵ STS 6 de febrero 2014, Voto particular FJ 2º punto 3.

²⁵⁶ STS 6 de febrero 2014, FJ 5º punto 8.

²⁵⁷ Estas sentencias se pueden encontrar en el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009: “(...) el derecho de dicho menor a una “identidad única”, como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 2 octubre 2003, caso García Avello, STJUE 14 octubre 2008, caso Grunkin Paul)”. La DGRN había equiparado el principio de los menores a una identidad única a una filiación única se vaya al país que se vaya.

Ni si quiera el derecho a una identidad única es un derecho superior y garantizado a toda costa, siendo el orden público uno de sus límites (STJUE 22 diciembre 2010, caso Ilonka Sayn-Wittgenstein).

distinto el Estado de residencia del estado de nacionalidad-²⁵⁸. Por el contrario, los menores del matrimonio homosexual español, no tenían vinculación efectiva alguna con California. Consecuentemente, al no tener esta vinculación -puesto que la pareja solo fue allí a llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución-, no se estaba poniendo en riesgo en ningún momento el derecho a una identidad única.

Heredia Cervantes –antiguo subdirector de la DGRN- considera pintoresco el modo en que la sentencia concreta el interés superior del menor, pues, aunque el propio Tribunal reconozca que la privación de la filiación pueda suponer un inconveniente, “el Tribunal antepone “la dignidad del menor” –dignidad que se vería menoscabada si se convirtiera en objeto del tráfico mercantil- al reconocimiento de su filiación por parte de nuestras autoridades registrales y, por tanto, a su posible desamparo”²⁵⁹. Pero no se puede olvidar que el principio del interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial²⁶⁰.

En su opinión, el gran fallo que comete el Alto Tribunal radica en su argumentación de olvidar su propia jurisprudencia, en la que el control del orden público como tal no se realiza respecto de una determinada institución –en el presente caso la gestación por sustitución., sino respecto de los efectos que supondrá la inscripción del documento extranjero –la certificación californiana- en España. Concluye Heredia Cervantes que el control del orden público cuando se trata de determinar si se da o no eficacia a documentos públicos extranjeros no consiste en hacer un juicio en abstracto de la compatibilidad de una determinada figura o institución con nuestro orden público sino en determinar si en cada caso concreto, permitir que dicho documento despliegue o no efectos en nuestro Estado supone una violación flagrante de principios, derechos y valores esenciales de nuestro ordenamiento²⁶¹. Esto era lo que pretendía instaurar la “ilegal”

²⁵⁸ STS 6 de febrero 2014, FJ 5º punto 9.

²⁵⁹ HEREDIA CERVANTES, I., “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucioncronica-de-un-desencuentro>. [última consulta 13/03/2018]

²⁶⁰ STS 6 de febrero 2014, FJ 5º punto 3.

²⁶¹ HEREDIA CERVANTES, I., “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”, *Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIX*, BMJ núm. 2179, Junio 2015 - ISSN: 1989-4767, pp. 339-396, p.365

Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en la cual, recordemos, se establecían una serie de requisitos a superar en el control incidental, una cláusula de control de orden público, en la que se encontraba por ejemplo: “Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante”²⁶².

El hecho de que en la sentencia se considere que “la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público”²⁶³ puede ser también considerado incompatible con el principio de “interés superior del menor” –recogido tanto en el Constitución Española²⁶⁴ como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989²⁶⁵– se encuentra en textos de rango jerárquico superior a la LTRHA, por lo que éste principio²⁶⁶ debería aplicarse preferentemente. Sin embargo, en el momento que el Tribunal consideró que el art. 10 LTRHA integra el orden público internacional español, la suerte de la sentencia ya estaba echada: dado que la inscripción pretendida es claramente contraria a lo dispuesto por este precepto, es claramente contraria al orden público²⁶⁷.

A pesar de la tormenta doctrinal generada, la sentencia tiene aciertos que son aplaudidos. El principal es aquel en el cual el Supremo considera el caso como una cuestión relativa a la validez en España de un acto reflejado en una certificación registral extranjera²⁶⁸ y no sobre determinación de la filiación fruto de una gestación por

²⁶² Instrucción de la DGRN 15 de octubre de 2010, Directriz Primera.3.d).

²⁶³ STS 6 de febrero 2014, FJ 3º punto 11.

²⁶⁴ Art. 39 de la Constitución Española: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

²⁶⁵ Art. 3.1 de la Convención de los derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

²⁶⁶ “Este principio –interés superior del menor– está contenido en normas jurídicas clarísimas de rango jerárquico muy elevado y es la ley española la que debe ajustarse a dicho principio, todo ello en el caso concreto.” en Vid supra nota 196, p. 399. (calvo Caravaca y carrascosa)

²⁶⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Nota a la STS 6 febrero 2014”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2014, pp. 272-277, p. 275.

²⁶⁸ STS 6 de febrero 2014, FJ 3º punto 2: “... no estamos ante un “hecho” que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de

sustitución. Se trata, por lo tanto, de un asunto registral. Se reconoce que resultan de aplicación los artículos 81 y 85 del RRC y el 23 LCR²⁶⁹ y no es preciso exigir ninguna sentencia judicial extranjera en la que conste la filiación de los menores para que se inscriba su filiación, pues de ser esta necesaria, los preceptos citados perderían todo su efecto útil²⁷⁰.

A esta cuestión el TS no le dedica todo lo que podría, centrándose sobre todo en el incierto y controvertido orden público e interés superior del menor. Sobre el art. 23 dice: “De lo expuesto se deriva que la “legalidad conforme a la Ley española” de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, sí bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación -lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento-, sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español”²⁷¹. Como errónea califica Álvarez González la reducción que hace el Tribunal de la exigencia de “la legalidad conforme a la ley española” con no contrariedad del orden público, pues debería identificarse con el ordenamiento jurídico en su conjunto –incluidas normas de Derecho Internacional Privado- y no sólo con la ley sustantiva²⁷². En este aspecto, la nueva LRC –no aplicable todavía- sí especifica para documentos extranjeros extrajudiciales –art. 97 LRC- y la certificación de asientos extendidos en registros extranjeros –art. 98 LRC- la verificación del requisito de validez de conformidad “al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado”; sin embargo, seguiríamos viéndonos envueltos en la complejidad del orden público español dado que también se remite a él.

Otro de los aciertos es la admisión por parte del Supremo de que el núcleo social formado por los padres comitentes españoles y nos menores frutos de la gestación por

conflicto aplicable. (...) Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español.”

²⁶⁹ STS 6 de febrero 2014, FJ 3º punto 3.

²⁷⁰ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Derecho Internacional Privado”, op. cit., p. 398.

²⁷¹ STS 6 de febrero 2014, FJ 3º punto 4.

²⁷² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Nota a la STS 6 febrero 2014”, op. cit., p. 275.

sustitución que tiene lugar en el extranjero, forma una familia²⁷³, que merece de protección por parte del sistema jurídico español.²⁷⁴

Por último, frente al presente caso, se acaba recordando por parte del Tribunal – como ya se había hecho en textos predecesores- la existencia de otras figuras que permiten resolver el problema– y por los cuales se llegarían a los mismos efectos de reconocerse la certificación registral-, como la adopción, y la posibilidad de que el padre biológico reclame la filiación paterna de los menores²⁷⁵. El no reconocimiento de eficacia inmediata a estos acuerdos y el recurso, en su lugar, a una acción de paternidad seguida de la adopción comporta que durante un tiempo los menores sigan sin una filiación determinada, con todos los riesgos que ello implica²⁷⁶. Esta línea es defendida por Calvo Caravaca y Carrascosa González, para quienes el rechazo de la filiación acreditada en el extranjero no encaja con el interés del menor. Consideran que se produciría un perjuicio directo al derecho a la vida privada de los menores –en cuanto que su identidad queda perjudicada- y perjuicios indirectos como que la filiación no coincida con el Estado de origen, la privación de derechos sucesorios que sufrirían al no ser considerados como hijos de los comitentes²⁷⁷ o la ausencia de derecho alguno a percibir pensión alguna de orfandad si se da el caso²⁷⁸.

Sin embargo, esto no acaba aquí. Tras esta sentencia del 6 de febrero de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH- dictó trascendentes sentencias en los casos Menneson y Labasse²⁷⁹. La pareja interesada reclamaba que dichas sentencias justificaban la revocación de la presente y, consecuentemente, la estimación del recurso

²⁷³ STS 6 de febrero 2014, FJ 5º punto 11.

²⁷⁴ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., "Derecho Internacional Privado", op. cit., p. 399.

²⁷⁵ STS 6 de febrero 2014, FJ 5º punto 11: "El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar."

²⁷⁶ FARNÓS AMORÓS, E., "La filiación de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 5-61, p.48.

²⁷⁷ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)" en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil*, Dykinson SL, vol. 6º, 2013-2014, pp. 396-409, pp. 405-406.

²⁷⁸ ÁLVAREZ DE TOLEDO, L. "El futuro de la maternidad subrogada en España...", op. cit., p. 33.

²⁷⁹ Véase epígrafe 5.

de casación y el mantenimiento de las inscripciones de nacimiento y filiación aceptadas por la DGRN en 2009.

En respuesta, el Supremo dicta el Auto 335/2015 de 2 de febrero de 2015²⁸⁰. Como bien explica Álvarez González, el Supremo dictamina que la esencia de la vulneración del art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH- en el caso de las Sentencias del TEDH que condenaron a Francia no se encontraba en el rechazo al reconocimiento de los efectos de la filiación existente en el extranjero entre nacidos y comitentes, sino en la absoluta imposibilidad de que la filiación natural de los niños pudiese establecerse a través de otros medios²⁸¹. En Francia resultaba imposible establecer cualquier relación de filiación entre los menores y los comitentes²⁸², mientras que en España sí existían otras vías.

Al igual que en la sentencia del 6 de febrero de 2014, en el auto se formula un voto particular suscrito por los magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. José Antonio Seijas Quintana, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol, los cuales discrepan respecto de la transcendencia de las sentencias dictadas por el TEDH en el caso que es objeto el incidente, expresando que el hecho de que el Ordenamiento Jurídico español ofrezca alternativas para determinar la relación de filiación entre las partes no justifica un tratamiento distinto entre ambos casos²⁸³. Señalan a su vez que no debe hacerse una distinción entre la defensa de los derechos o intereses de los menores y de los padres comitentes, ya que todos integran el mismo núcleo familiar, y otorgan una especial relevancia a la incertidumbre jurídica que genera la situación de denegación de inscripción en tanto no se responda a la solicitud de la misma.

²⁸⁰ Tribunal Supremo (Sala 1ª), Auto 335/2015 de 2 de febrero de 2015.

²⁸¹ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Nota sobre el Auto TS (Sala de lo Civil, Pleno) de 2 de febrero de 2015”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 96, nº2, 2015, pp. 218-222.

²⁸² ATS de 2 de febrero de 2015, FJ 6º punto 10: “(i) Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (“fraus omnia corrumpit”, el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo en sus sentencias de los casos Labassee y Mennesson), por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar “de facto”.”

²⁸³ ATS de 2 de febrero de 2015, Voto Particular.

La sentencia aquí estudiada no afectó a la Instrucción de 5 de octubre de 2010. La propia DGRN, a raíz de las sentencias del TEDH, emitió una Circular-Informe el 11 de julio de 2014 en la que se autorizaba a los Cónsules españoles a seguir aplicando dicha Instrucción²⁸⁴, debido que la resolución de la DGRN anulada por esta sentencia lo que pretendía era la transcripción de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, mientras que la Instrucción no regula la transcripción, sino el procedimiento de reconocimiento que ha de seguirse *ad hoc* para poder inscribir a los niños nacidos en el extranjero a través del gestación por sustitución en el Registro Civil español. Y aunque ciertamente esto es así, Durán Ayago junto con otros autores también ha discutido su legalidad, puesto que va más allá de lo que la ley precisa; se extralimita en consecuencia la DGRN atribuyéndose un papel de cuasilegisador que no le corresponde²⁸⁵.

De todo lo expuesto se deduce que la práctica española se mueve en círculos, sin encontrar una clara salida ante la controversia que parece ser ignorada por el legislador, obligando a los tribunales a improvisar –con el riesgo de inseguridad jurídica que ello puede conducir ante la posible variedad de soluciones²⁸⁶ que se pueden otorgar-. Por un lado, en el ordenamiento jurídico español se niega jurisprudencialmente la posibilidad de

²⁸⁴ “La Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello, con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica“. En: “La DGRN dicta Resolución remitiendo a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *LA LEY Derecho de familia*, Editorial LA LEY. Disponible en: http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LMXpzv07H967-Dg4S-8zOumqJaf_WRxs_bHH8X59dPq-mb6lX-2XIWNvkvXGRtm9efPX-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE [última consulta 01/05/18]

²⁸⁵ DURÁN AYAGO, A., “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución”, *Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 2016. Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion> [última consulta 01/05/18]

²⁸⁶ Por ejemplo, el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pozuelo de Alarcón (Madrid) de 25 de junio de 2012, otorgaba el exequátur a una resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de California en la que se reconocía como madre de los gemelos nacidos en 2009 a través de gestación por sustitución en Los Ángeles a la comitente, de nacionalidad española. Sin ir más lejos la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), en su auto núm. 1341/2012, de 3 de diciembre confirmaba el auto dictado el Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid por el que se denegaba el reconocimiento a una sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado de Boulder en el Estado de Colorado (Estados Unidos) con fecha de 5 de noviembre de 2009, en la que se declaraba como padre de dos niñas nacidas a través de gestación por sustitución al recurrente, de nacionalidad española.

inscribir la filiación -a favor de los comitentes- de los nacidos en Estados foráneos tras la realización de un contrato de gestación por sustitución –como se aprecia en el iter judicial estudiado-; mientras que, en contraposición, la DGRN permite dicha inscripción en sus documentos expedidos -la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y la Circular de 11 de julio de 2014- a pesar de la constante manifestación por parte de los Tribunales de su incompatibilidad con el cumplimiento del orden público internacional español, con el argumento o finalidad de proteger el interés superior del menor en estos casos, y denotando una insuficiencia legal que no permite establecer una única solución.

4.1.5. BREVE REFERENCIA A LOS TRIBUNALES DE LO SOCIAL.

La Sala de lo Social el Tribunal Supremo también se ha pronunciado, sentando jurisprudencia, sobre el planteamiento de si la gestación por sustitución puede considerarse situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento –incluso si el solicitante de tal prestación era un varón-.

En la sentencia núm. 953/2016 del 16 de noviembre de 2016²⁸⁷, se resuelve el caso de una trabajadora que tiene un hijo fruto de un contrato de gestación por sustitución y que se encuentra inscrito en el Registro del Consulado de España en los Ángeles. Por otro lado, en la sentencia núm. 881/2016 del 25 de octubre del mismo año²⁸⁸, un español –padre biológico de dos menores nacidas de una mujer gestante en la India e inscritas en el Registro Consular- reclama las prestaciones de maternidad denegadas por la Seguridad Social.

En ambos casos el Alto Tribunal da la razón a los solicitantes de las prestaciones. Se procede a realizar una interpretación integradora de las normas aplicadas, bajo la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸⁹ y de diversos

²⁸⁷ Tribunal Supremo (Sala 4º Pleno), Sentencia 953/2016 de 16 de noviembre de 2016.

²⁸⁸ Tribunal Supremo (Sala 4º Pleno), Sentencia 881/2016 de 25 de octubre de 2016.

²⁸⁹ STS de 16 de octubre de 2016, FJ 9º, punto 2: “Tal y como nos recuerda la precitada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, recurso 245/2012: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia.”

preceptos y principios. “La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos. Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato.”²⁹⁰ De no otorgarse la protección por maternidad, los magistrados aseguran que el menor sufriría una clara discriminación por el trato dispensado, por razón de su filiación, y “contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación.”²⁹¹

En el caso del padre, además, se recuerda que las prestaciones por maternidad también cubren supuestos de adopción o acogimiento, que la madre puede transferir al padre una parte de ellas y que, en ciertos casos, cuando la madre biológica no puede disfrutarlas – como la muerte o ausencia de protección- se transfieren al padre, como debe hacerse en esta ocasión²⁹². Si bien la maternidad por subrogación no aparece contemplada en la legislación social cuando ésta identifica las situaciones protegidas por las prestaciones de maternidad, ésta no está tampoco siendo reservada en exclusiva para la madre biológica, sino que comprenden bajo ese género a la persona que asume la progenitura biológica -padre, madre- o una función similar -adoptante, acogedora-²⁹³.

En relación con este tema, cabe destacar sucintamente la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuya sentencia de fecha 18 de marzo de 2014²⁹⁴, estableció que los Estados miembros no están obligados a otorgar un permiso de

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² La mujer gestante había aceptado que el padre español asumiese en exclusiva todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad. “Recalquemos que estamos ante un supuesto particularmente cualificado en tanto la situación fáctica creada con la cesión o renuncia de derechos por la madre y el abandono de sus obligaciones como tal sitúa al demandante en posición de progenitor único.” En: STS de 25 de octubre de 2016, FJ 9º punto 2 E).

²⁹³ STS de 25 de octubre de 2016, FJ 6º punto 3.

²⁹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12.

Se resuelve la cuestión prejudicial planteada interpretando los artículos 1, 2, 8 y 11 de la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y los artículos 2 y 14 de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en el marco de un litigio suscitado por la denegación de permiso retribuido a raíz del nacimiento de un niño a través de un convenio de gestación por sustitución.

maternidad a una trabajadora que ha tenido un hijo gracias a la gestación por sustitución, incluso cuando la mujer puede amamantar a ese niño o lo amamanta efectivamente²⁹⁵, y que, pese a ello, en España se ha adoptado una postura favorable.

4.2. PRÁCTICA COMPARADA.

4.2.1. FRANCIA.

Aunque las resoluciones emanadas a lo largo del mundo son cuantiosas, resulta de especial interés el hacer un breve recorrido de la jurisprudencia del país galo, dado la importancia y relieve que tendrán las resoluciones del TEDH sobre dos de sus casos.

Los casos Mennesson y Labasse, a pesar de ser individuales, presentan numerosas similitudes por lo que pueden ser tratados conjuntamente. En ambos, se presentan dos matrimonios franceses heterosexuales que deciden trasladarse a los Estados Unidos – California y Minnesota- donde contrataron los servicios de una mujer para llevar a cabo una gestación por sustitución. Por un lado, la mujer gestante del matrimonio Mennesson dio a luz a gemelas, y la de los Labasse a una sola niña, pero en los dos, los bebés portaban material genético de sus respectivos padres franceses. De nuevo en ambos, los respectivos tribunales de los Estados americanos emiten sentencia judicial en las cuales declaran a los integrantes de los matrimonios como los padres legales de acuerdo al Derecho estadounidense. Ante ello, deciden instar la inscripción de las niñas en el Registro Civil francés, y es aquí cuando comienza el periplo judicial y registral para las parejas que durará más de una década.

Al matrimonio Mennesson, al acudir al consulado francés en Los Ángeles para inscribir a las gemelas, los servicios consulares se oponen alegando imposibilidad de establecer el alumbramiento de las niñas por parte de la madre francesa, sospechando que

²⁹⁵ STJUE de 18 de marzo de 2014, párrafos 34-37: “Este permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto (...) De lo antes expuesto se sigue que la atribución de un permiso de maternidad con fundamento en el artículo 8 de la Directiva 92/85 requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño.”

STJUE de 18 de marzo de 2014, párrafos 41-42: “...la Directiva 92/85 (...) tiene por objeto establecer algunas exigencias mínimas en materia de protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (...)no excluye en absoluto la facultad de los Estados miembros para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución...”

se trataba de un caso de gestación por sustitución²⁹⁶ -recordemos que en Francia no está permitida-. Mientras, el Parquet del Tribunal Superior de Justicia de Nantes informaba al matrimonio Labasse su negativa a inscribir el certificado de nacimiento de su hija en base al orden público francés²⁹⁷, pues si no se iría en contra de lo dispuesto en los arts. 16.7 y 16.9 del Código Civil donde se dispone que cualquier contrato para la procreación o gestación por cuenta de otro es nula, y se considera dicha prohibición materia de orden público.

Si bien, finalmente el consulado de Los Ángeles acaba inscribiendo las actas de nacimiento de las gemelas Mennesson siguiendo las instrucciones del Parquet de Nantes²⁹⁸ –a la cual le había remitido el caso-, el fiscal de la República de Créteil convoca al matrimonio ante el tribunal para anular la transcripción enfatizando que, “el contrato por el cual una mujer se compromete a concebir y gestar a un niño para abandonarlo en el momento del nacimiento, no es válido al contravenir los principios del orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano y la indisponibilidad del estado de las personas”²⁹⁹. El “Tribunal de grande instance de Créteil” inadmite el recurso del fiscal señalando no podía invocar un orden público que la misma Fiscalía –Parquet- había perturbado. Esto es confirmado posteriormente por la Corte de Apelación de París en la sentencia del 13 de diciembre de 2005. Sin embargo, tres años más tarde, la Corte de Casación anula esta sentencia con base en que la Fiscalía tenía interés en anular la inscripción dado que de las constataciones del Tribunal de Apelación se desprende que los datos registrados en los registros del estado civil podrían resultar de un contrato de gestación por sustitución³⁰⁰.

En una sentencia que data del 18 de marzo de 2010, el Tribunal de Apelación de París decide anular las actas de nacimiento, basado en la nulidad de los contratos de gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico francés, y que la sentencia californiana sobre la filiación no puede ser aplicada en cuanto desvirtúa el orden público francés³⁰¹. Los Mennesson recurrieron en casación haciendo valer, de una parte, el

²⁹⁶ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafo 12.

²⁹⁷ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65941/11, Párrafo 11.

²⁹⁸ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafo 17.

²⁹⁹ Ibídem, Párrafo 18.

³⁰⁰ Ibídem, Párrafo 19-22.

³⁰¹ Francia. Corte de Apelación de París, sentencia de 18 de marzo de 2010: “Considérant que, selon l’article 16-7 du code civil, dont les dispositions qui sont issues de la loi no 94-653 du 29 juillet 1994 et qui n’ont

desconocimiento del interés del menor, en el sentido del art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño-, y de su derecho a tener reconocida una filiación estable, y de otra, una vulneración del art. 8 CEDH.

Paralelamente, tras el rechazo de inscripción para la familia Labasse, el juez de tutela del Tribunal de grande instance de Tourcoing, en vista del certificado de nacimiento de la niña, el de matrimonio de la pareja y de las pruebas que éstos le entregaron conforme habían cuidado de la infante desde su nacimiento en el año 2001, establece el 3 de diciembre de 2003 un acta de notoriedad³⁰² a su favor³⁰³.

Ante la negativa del Parquet de Nantes a la mención marginal de este acto en el Registro de estado civil, el matrimonio Labasse decide acudir a los tribunales. Finalmente, éstos consideran que el contrato de gestación por sustitución fue nulo al ir contra la legislación francesa, y que fue fraudulento. Por lo tanto, dedujo que el acta de notoriedad estaba viciada y que no se podía permitir el establecimiento de un vínculo de filiación³⁰⁴. La pareja recurre ante la Corte de Apelación de Douai, que acabará confirmando el fallo precedente en sentencia el 14 de septiembre de 2009³⁰⁵.

Tras todo este recorrido, ambos casos, Mennesson y Labasse llegan ante el Tribunal de Casación francés. Éste considera que el contrato de gestación por sustitución impedía absolutamente establecer cualquier tipo de relación de filiación entre los menores y los comitentes –independientemente de si se trata de la inscripción de las certificaciones registrales expedidas en el extranjero o del acta de notoriedad-. Esta argumentación se

pas été modifiées par la loi no 2004-800 du 6 août 2004, sont d'ordre public en vertu de l'article 16-9 du même code, toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle ; que, dès lors, l'arrêt de la Cour supérieure de l'État de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une convention de gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international ; qu'en conséquence, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si une fraude à la loi a été réalisée, il y a lieu d'annuler la transcription, sur les registres du service central d'état civil français, des actes de naissance américains qui désignent [la deuxième requérante] comme mère des enfants et d'ordonner la transcription du présent arrêt en marge des actes de naissance annulés."

³⁰² En el Derecho francés, la sucesión hereditaria se recoge por lo general en un documento auténtico denominado acta de notoriedad, que se obtiene dirigiéndose a un notario e indicando cuáles son los herederos del difunto y determinando en qué proporción hereda cada uno de ellos.

³⁰³ STEDH, 24 de junio de 2014, demanda núm. 65941/11, Párrafo 12.

³⁰⁴ *Ibidem*, Párrafo 13-14.

³⁰⁵ Francia. Corte de Apelación de Douai, sentencia de 14 de septiembre de 2009: "Cette possession d'état repose ainsi sur un contrat portant sur la gestation, contrat atteint, en application des articles 16-7 et 16-9 du code civil, d'une nullité absolue qui s'impose aux parties comme aux tiers. [...] Dans ces conditions, la possession d'état de Monsieur Labasse est viciée et sa demande doit être également rejetée pour les mêmes motifs que ceux ci-avant exposés ..."

sustenta en la aplicación de los artículos 16.7 y 16.9 del Código Civil francés, según los cuales, recordemos, todo contrato de gestación por sustitución es nulo y que ésta se trata de una norma imperativa, no disponible por las partes, y de observancia obligatoria en todos los casos. Se alega que ningún derecho ni interés superior del menor garantizado en la Convención del Niño o respeto a la vida familiar y privada del art. 8 CEDH pueden ser invocados ante la existencia de un fraude de ley³⁰⁶. Además, se fija como indiscutible la indisponibilidad del estado civil de las personas, principio esencial del orden público internacional francés³⁰⁷.

4.2.2. ALEMANIA

Un caso similar al español³⁰⁸ es el que resuelve, de manera diferente, la sentencia la Corte Federal Alemana de Justicia -Bundesgerichtshof o BGH abreviado- para el caso XII ZB 463/13³⁰⁹. En ella se debía decidir si, a pesar de estar prohibida la gestación por sustitución, cabía reconocer una sentencia extranjera en la que se otorgaba la paternidad legal a los padres de intención –comitentes- de un niño nacido como resultado de un contrato de gestación por sustitución, tras la negativa recibida en el Registro civil y en los tribunales inferiores.

Los tribunales alemanes ya venían acumulando una práctica variada y, en todo caso, más rica en matices y diferenciación de situaciones que la que hemos visto en relación con España, si bien la prohibición de la maternidad subrogada en su Derecho

³⁰⁶ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafos 22-28.

³⁰⁷ Francia. Corte de casación (Primera Cámara de lo Civil), sentencia de 6 de abril de 2011, demanda núm. 370: “Mais attendu qu’est justifié le refus de transcription d’un acte de naissance établi en exécution d’une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l’ordre public international français de cette décision (...) est contraire au principe de l’indisponibilité de l’état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d’autrui, qui, fût-elle licite à l’étranger, est nulle d’une nullité d’ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil”.

³⁰⁸ Se trata de una pareja formada por dos varones que se encuentra registrada como tal y reside en Berlín. En agosto de 2010 firman con contrato de gestación por sustitución en California con una mujer estadounidense soltera. De acuerdo con el mismo, el niño fue concebido mediante tecnología de reproducción asistida utilizando el esperma de uno de los comitentes. Dicho comitente, antes del nacimiento del bebé, reconoció la paternidad en el Consulado General de Alemania en San Francisco con el consentimiento de la madre sustituta, y por sentencia del Tribunal Superior del Estado de California, la paternidad legal se asignó exclusivamente a los apellados.

³⁰⁹ Alemania. Corte Federal Alemana de Justicia –BGH–, sentencia de 10 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf> [última consulta 12/06/18]

sustantivo tendía a considerar que existía violación del orden público alemán³¹⁰. Por ejemplo, no hubo reconocimiento en el caso Oberlandesgericht –OLG– Stuttgart, del 7 de febrero de 2012³¹¹, donde se negó por considerar a los gemelos fruto de una gestación por sustitución en California al no considerarlos alemanes. Todo esto lo precisó el tribunal en aplicación del artículo 36 de la Ley del estatuto personal que establece que sólo es posible la transcripción de certificados de nacimiento de ciudadanos alemanes que nacen en el extranjero. Se consideró que los niños no eran alemanes debido a que la madre legal era quien había dado a luz, y el padre el marido de la gestante³¹².

En el caso al que hacía referencia al inicio de este apartado, el BGH optó por reconocer en Alemania la resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por gestación por sustitución. Todo esto realizando un concreto análisis del caso tratado e indudablemente influenciado por las recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³¹³.

En primer lugar, el BGH observó que la decisión californiana se basaba en un examen sustantivo de la validez del acuerdo de subrogación y los problemas de estado resultantes, que no debían revisarse. Por lo tanto, la sentencia californiana podría estar sujeta a un reconocimiento 'procesal' establecido en los art. 108 y 109 de la Ley alemana sobre el procedimiento en materia de familia y asuntos de jurisdicción no contenciosa, y en concreto, el 109.4, en cual se establecía la posibilidad de negar el reconocimiento cuando conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con los principios esenciales de la legislación alemana, especialmente los derechos fundamentales³¹⁴. La Corte afirmó que, para lograr una armonía internacional de las decisiones y evitar situaciones jurídicas claudicantes, la excepción del orden público debía interpretarse de manera restrictiva. Por esta razón, una mera diferencia de legislación no implicaba una violación del orden público internacional alemán; la contradicción entre los valores

³¹⁰ ALVAREZ GONZALEZ, S., “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XCII, 2016, Tomo I, pp. 227-262, pp. 233-234.

³¹¹ Alemania. Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart, sentencia del 7 de febrero de 2012 – Az 8 W 46/12. Disponible en: <http://openjur.de/u/357908.html> [última consulta 12/06/18]

³¹² LAMM, E., “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions*, 2013, p.209.

³¹³ Véase apartado 5.

³¹⁴ REIS, D., “German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy”. Disponible en: <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> [última consulta 12/06/18]

fundamentales del derecho interno y el resultado de la aplicación de la ley extranjera en el caso que nos ocupa tenía que ser intolerable³¹⁵. Ahora bien, el BGH puso expresamente de relieve que tal conclusión se vinculaba con las peculiares circunstancias del caso concreto y se reservó de manera expresa la posibilidad de alcanzar un resultado distinto en situaciones diferentes, en particular en las que ninguno de los comitentes fuera el padre biológico del niño o en el que la madre gestante fuera la madre genética³¹⁶.

Este análisis que la sentencia realiza del orden público para el caso concreto - madre gestante soltera y uno de los comitentes padre biológico, formando pareja registrada con otro varón-, permite que de conformidad con la ley alemana el reconocimiento voluntario de paternidad sea posible respecto del padre biológico, mientras que, mediando, como así fue, consentimiento posterior al parto de la madre gestante, el resultado de reconocer la relación paternofilial respecto del conviviente, no podría vulnerar el orden público cuando en Alemania la adopción del hijo del conviviente registrado es perfectamente posible³¹⁷. La Corte también –como hizo el TS- considera que la adopción sería un instrumento apropiado. Sin embargo, dado que en los casos de adopción de un hijastro el resultado de la evaluación individual de los mejores intereses del niño sería probablemente favorable, coincidiendo con la decisión de la resolución californiana, se demostraba una argumentación en contra la violación del orden público internacional alemán³¹⁸. Además, el proceso de adopción podría entrañar dificultades prácticas en el país origen –donde los comitentes ya eran considerados como padres legales- o riesgos adicionales –quedaría a la discreción de los padres de intención asumir responsabilidades parentales o incluso, echarse atrás en el proceso adoptivo si, por ejemplo, el niño nace con una discapacidad-³¹⁹.

Referido al interés superior del menor, el BGH subrayó que la mujer gestante no solo no estaba dispuesta a asumir responsabilidades parentales, sino que tampoco estaba disponible como madre sobre una base legal, en cuanto que, una asignación de maternidad legal a la mujer gestante, que sería establecida atendiendo a la ley alemana, no tendría

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ Alemania. BGH, sentencia de 10 de diciembre de 2014, párrafo 53.

³¹⁷ Se habla de adopciones sucesivas por uno y otro conviviente como regla consagrada por el Tribunal Constitucional Alemán. En: ALVAREZ GONZALEZ, S., “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr...”, *op. cit.*, pp. 233-234.

³¹⁸ REIS, D., “German Federal Court of Justice on Surrogacy...”, *op. cit.*

³¹⁹ Alemania. BGH, sentencia de 10 de diciembre de 2014, párrafo 59.

ningún efecto en el estado de origen de la mujer debido a la existencia de una sentencia extranjera opuesta³²⁰. Por ello, la Corte optó por reconocer una relación legal padre-hijo con el segundo comitente –con el que no había relación biológica–, dado que éste sí estaba dispuesto a asumir las responsabilidades parentales, y su privación supondría una violación de los derechos recogidos en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³²¹.

Sin embargo, la solución otorgada a favor del interés superior del niño no es la norma en Alemania. En el caso *Verwaltungsgericht*³²² se evita cualquier referencia a este principio y se deniega el pasaporte alemán, incluso a pesar de la existencia de vínculo genético. Aquí, una mujer india había sido inseminada con el espermatozoides del comitente varón alemán, pero, tras negarle la Embajada alemana el pasaporte para el menor, la Corte alemana también desestima su pretensión, rechazando su paternidad biológica pues, con arreglo al derecho alemán, la nacionalidad de los niños se rige por las leyes del Estado donde éstos viven, en este caso, la India; y, según esta ley, generalmente se considera como madre la mujer que da a luz, debido a la inexistencia de una disposición legal que regule la gestación por sustitución, a pesar de su práctica. El padre, por otro lado, sería el marido de la mujer que da a luz o con quien se fuese a casar³²³.

En consecuencia, los niños se quedan en situación de apatridia en cuanto que los indios consideran a los comitentes como los padres legales y por lo tanto alemanes, mientras que los alemanes los consideran indios. El juez alemán sugiere a los comitentes intentar un proceso de adopción tras demostrar la paternidad. En teoría, si se logra uno de estos dos procedimientos, los niños podrían ingresar en Alemania –al menos en relación con el padre biológico–, y el proceso de adopción que correspondía a la madre comitente concluiría, probablemente, de manera satisfactoria. La solución a la que se llegó en mayo

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ De acuerdo con la opinión del BGH, la relación entre la madre sustituta y el niño no cumplió con los requisitos establecidos en el art. 2.1 junto con el art. 6.2 de la Constitución alemana y el art. 8.1 CEDH. En: *Ibidem*.

³²² Alemania. Caso *Verwaltungsgericht* Berlín, del 26 de noviembre de 2009, VG 11 L 396.09.

³²³ De acuerdo con el art. 112 del Indian Evidence Act de 1872: “*The fact that any person was born during the continuance of a valid marriage between his mother and man, or within two hundred and eighty days after its dissolution, the mother remaining unmarried, shall be conclusive proof that he is the legitimate son of that man, unless it can be shown that the parties to the marriage had no access to each other at any time when he could have been begotten*”.

de 2010 fue la concesión de una visa por parte de la Embajada Alemana, por lo que la familia al completo pudo regresar a Alemania³²⁴.

4.2.3. ITALIA.

En Italia también existen corrientes opuestas respecto del reconocimiento de la filiación de la figura estudiada.

A pesar de no estar permitida la gestación por sustitución, un cambio en la tendencia jurisprudencial se dio en la sentencia de la Corte de Apelación de Bari³²⁵. En este caso, los comitentes, un matrimonio por un hombre inglés y una mujer italiana, habían firmado un contrato de gestación por sustitución altruista con una mujer inglesa, que renunció a sus derechos parentales sobre los dos niños a los que dio a luz³²⁶. Si bien en Reino Unido los comitentes figuraban como los padres legales, en Italia, los menores estaban registrados como hijos del padre inglés –y biológico- y de la mujer gestante³²⁷.

Tras mudarse a Italia, el matrimonio decide separarse de mutuo acuerdo. Durante el proceso de divorcio era necesario proporcionar certeza respecto del estado de los dos niños, que formalmente tenían diferentes madres en Reino Unido e Italia. Con ese objetivo, la madre comitente solicitó la rectificación de las actas del Registro italiano, pidiendo el reconocimiento de los “parental orders” de Reino Unido, que eran definitivos.

Después de un rechazo inicial, la Corte de Apelación de Bari falla a su favor alegando que la denegación de reconocimiento sería claramente perjudicial para los menores. La transcripción se realiza para garantizar la aplicación efectiva del interés superior de los menores, considerado como un parámetro de evolución de la contradicción o no de un acto extranjero al orden público internacional. No se considera contraria a este orden público la transcripción de una disposición inglesa que se supone también garantiza el cumplimiento de la legislación comunitaria y asegura la uniformidad de estado del

³²⁴ DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, “A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States”, *Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, mayo 2013, pp. 112-113.

³²⁵ Italia. Corte de Apelación de Bari, 13 de febrero de 2009.

³²⁶ KRIARI, I., VALONGO, A., “International issues regarding surrogacy”, *The Italian Law Journal* vol. 02, núm. 02, 2016, pp. 331-354, p. 344. Disponible en: <http://www.theitalianlawjournal.it/data/uploads/pdf/2-2016/331-kriari-valongo-354.pdf> [última consulta 15/06/18]

³²⁷ *Ibidem*.

menor y la libre circulación de las personas³²⁸. En resumen, se argumentó que la maternidad subrogada no era contraria al orden público internacional –hay que matizar que parece que influyó de manera decisiva que ésta estaba permitida en algunos países de la Unión Europea-, que este orden no debe ser abstracto, sino referido al caso concreto, valorando los efectos que puedan surgir en caso de admitir –o no- la rectificación en el registro italiano; y que tres de los cuatro interesados eran extranjeros³²⁹ –incluidos los menores-.

En contraposición, el Tribunal de Forlì dicta lo contrario en su sentencia³³⁰. En este caso, se trataban de gemelos nacidos mediante gestación por sustitución gestacional en un tercer Estado no comunitario, donde sólo el padre comitente aportó material genético. Mientras que la inscripción de la filiación del padre comitente sí fue aceptada, la de la madre comitente no, al ser considerada al orden público internacional italiano³³¹.

Más radical fue el caso resuelto por la Corte de Casación italiana en una sentencia del 11 de noviembre de 2014³³². Aquí, se rechazó el reconocimiento de cualquier tipo de relación entre una pareja y el menor nacido tras un proceso de gestación por sustitución en Ucrania. Las autoridades italianas –como en Paradiso e Campanelli que se verá más adelante en relación con el tribunal Europeo de Derechos Humanos- deciden arrebatar al niño de los comitentes y darlo en adopción. Las razones que les llevaron a ello fueron: primero, que el menor no compartía ningún vínculo genético con los comitentes italianos; y segundo, que dicho acuerdo de gestación por sustitución era ilegal también en Ucrania, dado que según su legislación, al menos uno de los comitentes debe tener vinculación genética con el menor³³³. Se llega a afirmar que “la prohibición de las prácticas de subrogación es ciertamente cuestión de orden público, como ya sugería la previsión de la sanción penal, una regla colocada precisamente para proteger los bienes jurídicos fundamentales. Se destacan la dignidad humana –constitucionalmente protegida- de la mujer embarazada y de la institución de la adopción –con la cual la subrogación de la maternidad entra en conflicto- regida por normas especiales destinadas a proteger la tutela

³²⁸ CASTELLANETA M., “Trascrivibile all’anagrafe un provvedimento estero di maternità surrogata”, *Guida al diritto- ilsole24ore*, núm. 5, mayo 2009.

³²⁹ CAMPIGLIO, C., “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 45, 2009, pp. 589-604, p. 594.

³³⁰ Italia. Tribunal de Forlì, 26 de octubre de 2011.

³³¹ KRIARI, I., VALONGO, A., “International issues regarding surrogacy”, op. cit., pp. 344-345.

³³² Italia. Corte de Casación sección I Civil, 11 de noviembre de 2014, núm 24001.

³³³ SCHERPE, J. M., “European family law Volumen III, Family Law in a European Perspective”, *Elgar*, 2016, pp. 416, p. 280.

de todos los interesados, especialmente los menores, y no en el mero acuerdo de las partes...”³³⁴.

5. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado sobre esta materia, si bien hay que tener en cuenta que no lo ha hecho directamente sobre la legitimidad de los contratos de gestación por sustitución, sino sobre las complicaciones surgidas sobre el reconocimiento de las relaciones de filiación, originadas tras acudir a esta técnica de reproducción en países donde sí está permitida para luego reclamar los efectos de estos contratos en aquellos Estados donde se consideran nulos –de forma similar a como hizo el Tribunal Supremo en la sentencia estudiada, que decidió enfocar el litigio como una cuestión de validez y eficacia del hecho reflejado en territorio español de la certificación californiana-.

En síntesis, mientras que la tesis que defendía el Tribunal Supremo -sobre la contrariedad o no de la filiación acreditada en el extranjero en relación con los nacidos tras una gestación por sustitución con el orden público internacional -era que el “orden público impedía los efectos de la filiación acreditada en el extranjero”³³⁵; por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos defiende -como se verá seguidamente- que el orden público internacional del Estado de destino no debe impedir, sistemáticamente, los efectos legales en dicho Estado de destino de la filiación acreditada en el tercer Estado de origen en relación con los nacidos tras una gestación por sustitución³³⁶.

La clave jurídica sobre la que pivotarán las resoluciones que se van a analizar, es el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dispone:

³³⁴ Italia. Corte de Casación sección I Civil, 11 de noviembre de 2014, núm 24001, FJ 3º.

³³⁵ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., "Derecho Internacional Privado", op. cit., p. 396.

³³⁶ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafo 84: “La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l’exception d’ordre public international, propre au droit international privé. Elle n’entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l’espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l’intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l’intérêt des requérants – dont l’intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale.”

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

La cuestión que tiene que afrontar el Tribunal de Estrasburgo es si la denegación del reconocimiento de la filiación acreditada en el extranjero de menores nacidos por gestación por sustitución es contraria o no con el art. 8 del CEDH, ponderando elementos que entran en conflicto, como el “orden público” y el “interés del menor”.

5.1. CASOS LABASSÉE Y MENNESSON.

Tras agotar todas las vías en Francia –recorrido realizado en el apartado 4.2.1. de este trabajo–, los padres comitentes de ambos casos deciden acudir al TEDH. Invocando el art. 8 CEDH, los demandantes se quejan de que, a expensas del interés superior de las niñas, no tienen la posibilidad de obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente establecida en el extranjero. Los Mennesson también se quejan de que, la violación del art. 8 en combinación con la de del art. 14 CEDH³³⁷ supone una situación jurídica discriminatoria para con las niñas³³⁸, pues se les imposibilita ejercer su derecho al respeto de la vida familiar³³⁹.

El TEDH considera que es aplicable el art. 8 CEDH en ambos aspectos, tanto es su ámbito se “vida familiar” como “vida privada”. No discute ni duda de que en los dos casos los padres comitentes se ocupan como cualquier otro de sus hijas, con las que

³³⁷ Art. 14 CEDH, Prohibición de discriminación: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

³³⁸ Discriminación legal en comparación con otros niños nacidos de otros métodos de reproducción asistida, e incluso, con otros niños que habiendo nacido mediante gestación por sustitución en el extranjero sí habían sido inscritos.

³³⁹ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafos 43 y 103.

conviven desde sus nacimientos, cumpliéndose así el ámbito de “vida familiar”³⁴⁰ habitual; ni tampoco hesita que el derecho a la identidad es una parte integral del concepto de “vida privada”³⁴¹ y que existe una conexión directa entre la vida privada de las niñas nacidas gracias al proceso de gestación por sustitución y la determinación legal de su filiación³⁴².

Según la jurisprudencia de Estrasburgo cuando en el art. 8.2 aparecen las palabras “previstas por la ley” –las injerencias-, requiere no sólo que las medidas tengan una base de derecho interno, sino que sean de calidad, accesibles, predecibles,³⁴³ y “necesarias en una sociedad democrática”³⁴⁴, algo que en estos casos se cumple. Lo que se quiere decir con esto, es que la alusión al orden público debe estar motivada siguiendo los requisitos de ese art. 8.2. “Para justificar el orden público internacional no se puede hacer referencia a la defensa de la seguridad nacional, ni de la seguridad pública, ni del bienestar económico del país, ni de la defensa del orden y la prevención del delito. [...] La excepción de orden público internacional sí se puede alegar bajo la justificación de que se está actuando en defensa de la salud, de la moral, y de los derechos y libertades de los demás.”³⁴⁵

Lo que también se cumple y el Tribunal admite es que la injerencia en cuestión perseguía dos de los preceptos enumerados en el art. 8, concretamente “la protección de la salud” y la “protección de los derechos y libertades de los demás”.³⁴⁶ El hecho de que las autoridades francesas negasen el reconocimiento de la relación jurídica entre los niños –nacidos en virtud de una gestación por sustitución en el extranjero- y sus padres –parejas que acudieron a dicho procedimiento- surgió con la finalidad de desalentar a que otros ciudadanos franceses acudiesen a dicha técnica reproductiva fuera de Francia, donde está

³⁴⁰ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafo 45, y STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65941/11, Párrafo 37.

³⁴¹ Respecto al derecho a la vida privada de las menores, el TEDH recuerda que “el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación, un aspecto esencial de la identidad del individuo está en juego desde el momento en que afecta a la filiación”.

³⁴² STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafo 46 y STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65941/11, Párrafo 38.

³⁴³ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafo 57.

³⁴⁴ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65941/11, Párrafo 51: “La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi.”

³⁴⁵ RELEGADO TORRES, M. D., “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, *Femeris*, Vol. 2, No. 2, pp. 10-34, p. 28.

³⁴⁶ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65941/11, Párrafo 54.

prohibida con la intención de proteger a los niños y a las mujeres gestantes.³⁴⁷ El Tribunal se plantea entonces si esta injerencia es necesaria.

Respecto de la vida familiar de los demandantes, se observa que esta se vio inevitablemente afectada ante la falta de reconocimiento de filiación. Sin embargo, pudieron disfrutar de una vida familiar normal en Francia –de forma comparable a otras familias- sin obstáculos insuperables y sin riesgo de ser separados por las autoridades francesas a pesar de su peculiar situación legal, alcanzándose un “equilibrio justo”³⁴⁸ entre los intereses de los solicitantes y los del Estado. A pesar de ello, las menores se encontraban en un estado legal incierto, socavando la identidad de las niñas en la sociedad francesa.

El padre biológico en ambos casos era el padre francés, algo que no parecía beneficiarlas a la hora de obtener la nacionalidad francesa, pudiendo tener repercusiones negativas al definir su propia identidad.³⁴⁹ Se observó que sólo podían heredar como legatarias, por lo que sus derechos de herencia serían menos favorables llegado el caso, algo considerado por el Tribunal como un paso más allá en la privación de su identidad.³⁵⁰

Los efectos de la negativa de los tribunales franceses al reconocer la relación de los padres comitentes y sus hijas habían acabado extendiéndose a las niñas. El derecho de estas a la vida privada –que implica que todos deben ser capaces de establecer la esencia de su identidad, incluida la filiación y parentesco- se vio significativamente afectado, generándose un problema serio respecto de la compatibilidad de estas decisiones con los intereses de las niñas.³⁵¹

En opinión del Tribunal de Estrasburgo, este análisis adquirió una dimensión especial dado que, en estos casos, uno de los padres era el biológico. Dada la importancia del parentesco biológico como componente de la identidad de cada individuo, no se puede

³⁴⁷ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafo 62.

³⁴⁸ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafo 81, y STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65941/11, Párrafo 73.

³⁴⁹ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafo 97: “...troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l’article 18 du code civil (paragraphe 29 ci-dessus). Pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité.”

³⁵⁰ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafo 98, y STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65941/11, Párrafo 77.

³⁵¹ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafos 99-101: “Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l’étranger à une méthode de procréation qu’elle prohibe [...] Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l’intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant.”

decir que sea lo mejor para un niño privarlo de un vínculo legal de esta naturaleza cuando se estableció la realidad biológica de ese vínculo, que no había sido reconocido ni cuando se solicitó la inscripción de los certificados de nacimiento en el registro ni en el reconocimiento mediante una declaración de paternidad o adopción, debido al carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución³⁵². Durán Ayago reflexiona sobre esto y las cuestiones que se dejan sin resolver³⁵³ y que podrían resultar decisivas para determinar si la STS de 6 de febrero de 2014 sigue la misma línea que la jurisprudencia del TEDH.

Por todo ello, el TEDH considera que hubo una violación respecto del derecho de las niñas a su vida privada, recogido en el art. 8 CEDH e imponiendo las satisfacciones monetarias que estima oportunas. Sin embargo, a ninguno de los solicitantes en ambos casos se les considera violado su derecho al respeto de la vida familiar. Y, en el caso de las gemelas Mennesson, dado que se considera infringido el art. 8, el Tribunal no consideró necesario examinar la demanda bajo la lupa del art. 14.

Por último, cabe destacar que el TEDH no se pronuncia en ningún momento explícitamente sobre los contratos de gestación por sustitución, pues reconoce que no hay consenso en esta materia, y que los Estados gozan de una amplia capacidad de decisión,³⁵⁴ por lo que no es su función sustituir los criterios de las autoridades nacionales. En definitiva, de estas sentencias del TEDH “no deriva de ningún modo que las legislaciones (...) que prohíben el convenio de gestación por encargo, sean contrarias al CEDH, pero sí que dicho CEDH limita determinadamente la eventualidad de entender contrario al orden público interno el reconocimiento, en los Estados miembros del Convenio, de la filiación legalmente establecida en país extranjero por sentencia judicial, incluso si deriva de un convenio de gestación por sustitución o encargo, pues deben salvaguardarse los

³⁵² *Ibidem*, párrafo 106.

³⁵³ “... ¿qué hubiera sucedido si las autoridades francesas sí hubieran aceptado desde el principio la paternidad biológica alegada y, por tanto, respecto del padre de origen francés hubiera quedado acreditada la filiación? ¿Qué sucedería respecto de la madre intencional que no aportó su óvulo ni gestó? ¿Podría en ese caso ella también quedar reconocida como madre legal, accediendo como tal al Registro Civil francés sin necesidad de realizar ningún trámite intermedio (adopción o posesión de estado)? O, ¿qué sucedería si ninguno de los padres intencionales hubiera aportado su material genético?” DURÁN AYAGO, A., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, pp. 280-282.

³⁵⁴ STEDH, 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11, Párrafo 78: “La Cour observe en l’espèce qu’il n’y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d’intention et les enfants ainsi légalement conçus à l’étranger.”

derechos a la vida privada y familiar y a la identidad del niño así nacido, en base al principio cardinal del interés superior del menor”³⁵⁵.

Como consecuencia de estas sentencias, en posteriores resoluciones, el Tribunal de Casación francés aceptó la inscripción de la paternidad del padre biológico, pero no la maternidad de la madre comitente –en contra de la realidad del parto-, y autoriza la adopción del niño nacido mediante gestión por sustitución por parte del esposo/a del padre biológico³⁵⁶.

5.2. CASOS FOULON Y BOUVET Y CASO LABORIE.

El 21 de julio de 2016, dos años después de las resoluciones del TEDH sobre los asuntos Mennesson y Labassée, el Tribunal vuelve a condenar a Francia en la sentencia conjunta que resolvía los casos Foulon y Bouvet³⁵⁷.

En esta ocasión, ambas familias tampoco habían sido capaz de obtener un reconocimiento por parte de las autoridades francesas de la filiación biológica establecida en la India³⁵⁸ de sus hijos nacidos en Bombay concebidos mediante gestación por sustitución. El motivo viene siendo el mismo que se suscitaba en los asuntos Mennesson y Labassée, fraude de ley y la vulneración del orden público³⁵⁹, pero, a diferencia de en los casos previos, el Tribunal de Casación francés sí reconoce a “los solicitantes -los menores- la posibilidad de establecer su filiación mediante el reconocimiento de paternidad -art. 316 del Código Civil francés- o la posesión de estado -art. 317 del Código Civil francés-; pues considera que estos canales legales parecen hoy concebibles dados los desarrollos jurisprudenciales actuales”³⁶⁰.

³⁵⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J., "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 ", *Diario La Ley*, noviembre 2014, núm. 8415, pp. 1 -13, pp. 3-4.

³⁵⁶ Francia. Court de Cassation (Première Chambre Civile), arrêt n° 825 du 5 juillet 2017, n° 16-16.901: “Attendu que le refus de transcription de la filiation maternelle d’intention, lorsque l’enfant est né à l’étranger à l’issue d’une convention de gestation pour autrui [...] l’adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l’intérêt de l’enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l’épouse de leur père.”

³⁵⁷ STEDH, 21 de julio de 2016, demandas núm. 9063/14 y 10410/14. Sentencia definitiva el 21 de octubre de 2016.

³⁵⁸ Aunque la gestante india figura como madre en los certificados.

³⁵⁹ STEDH, 21 de julio de 2016, párrafo 51: “...la Cour de cassation a en l’espèce refusé la transcription des actes de naissance au motif que la convention de gestation pour autrui était entachée d’une nullité d’ordre public...”

³⁶⁰ STEDH, 21 de julio de 2016, párrafo 53.

Apreciando el propio TEDH la similitud de los casos actuales con los antiguos *Mennesson* y *Labassée*, reitera la conclusión de que no hay violación del respeto a la vida familiar de los recurrentes, pero sí del derecho a la vida privada de los menores³⁶¹. A pesar de ello, la Corte reconoce los cambios informados por el gobierno francés en su jurisprudencia³⁶² tras la emisión de las sentencias *Mennesson* y *Labassée*, así como la voluntad de abordar cambios legislativos; aunque le reprocha no dar certeza de esos cambios y nuevas vías abiertas y dejarlos en hipótesis, así como tampoco abordar ni extraer conclusiones sobre la admisibilidad de las de la petición de los comitentes³⁶³.

En similar sentido se pronunció en el caso *Laborie*³⁶⁴ el 19 de enero de 2017³⁶⁵, y condenando por tercera vez a Francia tras las sentencias de 2014 y 2016. La Fiscalía de Nantes se opuso en 2011 a que las actas de nacimiento de los niños *Laboire* fueran inscritas en los registros franceses ante serios indicios de que había mediado un contrato de gestación por sustitución, prohibido por el art. 16.7 del Código Civil francés³⁶⁶. Tras interponer varios recursos y ser rechazados, los comitentes, como en los asuntos anteriores, alegan ante el Tribunal de Estrasburgo vulneración del art. 8 CEDH. La conclusión -breve y directa- a la que llega es idéntica a las previas³⁶⁷.

En definitiva, la doctrina inalterada que emana del TEDH en su carácter de máxima instancia judicial en materia de derechos humanos, incluso en la reciente sentencia, es que todo niño, cualquiera sea la forma en la que fue concebido, gestado o nacido tiene derecho a que se reconozca su filiación y su identidad, conforme el marco de los Derechos Humanos.

³⁶¹ STEDH, 21 de julio de 2016, párrafos 57 y 58.

³⁶² En Francia, el Tribunal de Grande Instance de Lille ordenó el 6 de mayo de 2015 la inscripción del nacimiento de tres niños, alumbrados por gestación por sustitución en Ucrania, la India y Estados Unidos, a favor de sus padres franceses de intención. En: GODOY VAZQUEZ, M^a. O., “Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los estados miembros en materia de subrogación uterina”, *Bioética y nuevos derechos* / José Antonio Santos Arnaiz (ed. lit.), Marta Albert (ed. lit.), Cristina Hermida del Llano (ed. lit.), Editorial Comares, 2016, pp. 233-264, p. 264.

³⁶³ STEDH, 21 de julio de 2016, párrafo 56.

³⁶⁴ Una pareja francesa recurre a la gestación por sustitución en Ucrania, donde nacen dos niños.

³⁶⁵ STEDH, 19 de enero de 2017, demanda núm. 44024/13.

³⁶⁶ STEDH, 19 de enero de 2017, párrafo 8.

³⁶⁷ STEDH, 19 de enero de 2017, párrafo 32: “La Cour conclut en conséquence qu’il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention s’agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale, mais qu’il y a eu violation de cette disposition s’agissant du droit des troisième et quatrième requérants au respect de leur vie privée.”

5.3. CASOS PARADISO E CAMPANELLI.

Para poder proceder al análisis de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, es necesario realizar un breve resumen de los acontecimientos. En este caso, el matrimonio italiano compuesto por el señor Paradiso y la señora Campanelli, acudió a una clínica moscovita, donde los servicios de una mujer gestante fueron contratados para dar a luz a un bebé –que genéticamente no tendría relación alguna con ninguno de los cónyuges italianos³⁶⁸ y sería fruto de una fertilización in vitro-. El niño nacido es considerado como hijo del matrimonio italiano con arreglo al Derecho ruso, e inscrito como tal -pero sin hacer mención alguna al contrato de gestación por sustitución subyacente-. En el consulado italiano en Moscú se les entrega la documentación necesaria para que el niño pueda viajar a Italia.

De vuelta en su país, solicitan la inscripción del certificado de nacimiento, pero el consulado informa al Tribunal de Menores de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades de Colletorto que el certificado contenía información falsa; por lo que tres meses después del nacimiento del menor, en mayo de 2011 el matrimonio es acusado de alteración de estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción. Según el ordenamiento italiano, el niño se encontraría en estado de abandono, por lo que la fiscalía del Tribunal de Menores de Campobasso pone en marcha un procedimiento de adopción.³⁶⁹ A mayores, tras realizarse un examen de ADN se descubre que ninguno de los dos ciudadanos italianos tiene un lazo biológico con el niño, por lo que no se conoce la identidad del menor.

El niño es entregado a padres adoptivos en enero de 2013; y en abril de ese mismo año se confirma la negativa de inscribir el certificado ruso por contrariar el orden público, por la inexactitud de la información que contiene y por la falta de lazo genético con los pretendidos padres. Por ello el matrimonio decide apelar y poner en conocimiento del TEDH el caso. La Gran Sala pone punto final al asunto en la sentencia del 24 de enero de 2017³⁷⁰, revocando la previamente dictada por una Sala de la Segunda Sección el 27 de enero de 2015³⁷¹. El caso había sido remitido a la Gran Sala a pedido del gobierno italiano,

³⁶⁸ El no tener vinculación biológica alguna con los padres comitentes o de intención, es una de las principales diferencias entre este caso y los casos franceses de *Menesson* y *Labasse*.

³⁶⁹ Las autoridades italianas estimaron también que el matrimonio –padres comitentes o de intención- no era apto para adoptar al menor porque había intentado burlar la aplicación del Derecho italiano.

³⁷⁰ STEDH, 24 de enero de 2017, demanda núm. 253558/12.

³⁷¹ STEDH, 27 de enero de 2015, demanda núm. 253558/12.

pues la sentencia más antigua lo condenaba. El gobierno sostenía que no había derecho a la vida familiar en razón de: (i) la inexistencia de un vínculo biológico entre los demandantes y el niño; (ii) la ilegalidad del comportamiento de los demandantes en el marco del derecho italiano; (iii) los solicitantes habían vivido con el niño "escasos" ocho meses, existía incertidumbre respecto de los lazos desde una perspectiva jurídica, a pesar de la existencia de un proyecto paterno-materno y la calidad de los lazos afectivos ³⁷².

A pesar de que en Paradiso e Campanelli se observe la existencia de una gestación por sustitución, las situaciones de hecho y de derecho planteadas en contraposición de los casos previos en los que se condenaba a Francia son diferentes. Aquí, el menor no es parte demandante³⁷³ ni es fruto de una gestación por sustitución tradicional -no se usa el material biológico de la pareja italiana-, y los comitentes no reclaman ante Estrasburgo que el vínculo de filiación legalmente establecido en Rusia sea reconocido en Italia -por ello el Tribunal no se pronuncia sobre este aspecto-. Lo que debe responder el TEDH es si debían prevalecer o no los derechos de una pareja que había viajado al extranjero para tener un hijo con la ayuda de otra persona sin que se hubiese acreditado vínculo genético alguno con el niño y sin haber dado razones del abandono del procedimiento de adopción. La Corte señala que este caso no se refiere al registro de un certificado de nacimiento extranjero ni al reconocimiento legal de la relación entre los comitentes y el menor nacido por gestación por sustitución, sino que lo que se debe estudiar son las medidas adoptadas por las autoridades italianas³⁷⁴.

El fallo definitivo sostiene que no hubo violación de la vida privada y familiar de los comitentes, a pesar de que éstos argumentaron el reconocimiento de su relación paterno-filial con el menor por parte del derecho ruso³⁷⁵ y la formación de estrechos lazos emocionales con el niño durante sus primeros ocho meses de vida³⁷⁶; y que la actuación de las autoridades italianas supone una violación del art. 8 CEDH. Sin embargo, la decisión final es muy dividida, con votos concurrentes y separados y hasta cinco

³⁷² STEDH, 24 de enero de 2017, párrafos 137 y 159.

³⁷³ STEDH, 24 de enero de 2017, párrafo 135: "La Cour rappelle enfin que l'enfant T.C. n'est pas requérant dans la procédure devant elle, la chambre ayant écarté les griefs soulevés par les requérants en son nom (paragraphe 86 ci-dessus). La Cour est donc appelée à se prononcer uniquement sur les griefs soulevés par les requérants en leur propre nom (voir, a contrario, Mennesson, précité, §§ 96-102, et Labassee, précité, §§ 75-81)."

³⁷⁴ STEDH, 24 de enero de 2017, párrafo 133.

³⁷⁵ STEDH, 24 de enero de 2017, párrafo 104.

³⁷⁶ STEDH, 24 de enero de 2017, párrafo 34.

disidencias, siendo el voto mayoritario aquel que da más relevancia a la argumentación del gobierno italiano.

La Gran Sala, en primer lugar, analiza si entre los comitentes y el menor existía, en el sentido del art. 8 CEDH, vida familiar de facto, concluyendo su inexistencia³⁷⁷, y en contra de lo que la Sala anteriormente había considerado³⁷⁸. El Tribunal considera que la existencia o inexistencia de vida familiar es una cuestión de hecho que depende de la acreditación de un vínculo personal cercano. De acuerdo con esta jurisprudencia, los puntos clave de la existencia de “vida familiar” son, tomados en conjunto, la convivencia, la naturaleza y duración de la relación, y el grado de compromiso y de intereses comunes entre las partes³⁷⁹. En consecuencia, el concepto “vida familiar” no solo cubre los vínculos entre las parejas casadas y sus hijos, sino también los existentes entre convivientes de hecho y sus hijos biológicos u otros menores a su cargo, con independencia del estatus legal de los padres.

Seguidamente se plantea la duda de si a pesar la ausencia de vínculos tanto legales como genéticos, los vínculos personales que pudiesen existir permitían concluir la existencia de la vida familiar. Tras valorar la calidad de los mismos y la duración de los mismos³⁸⁰, se concluye con una negativa.

El voto particular de los cinco jueces disidentes critica este aspecto. Entiende que la ausencia de vínculo genético no necesariamente debe conducir a apreciar la falta de vida familiar y, del otro, que el período de tiempo de convivencia entre el menor y los comitentes fue, pese a su brevedad, suficiente para establecer entre ellos vida familiar de facto. En palabras de los jueces disidentes, al impedir el desarrollo de la relación familiar

³⁷⁷ STEDH, 24 de enero de 2017, párrafo 157: “Compte tenu des éléments ci-dessus, à savoir l’absence de tout lien biologique entre l’enfant et les parents d’intention, la courte durée de la relation avec l’enfant et la précarité des liens du point de vue juridique, et malgré l’existence d’un projet parental et la qualité des liens affectifs, la Cour estime que les conditions permettant de conclure à l’existence d’une vie familiale de facto ne sont pas remplies”

³⁷⁸ La Sala había tenido en cuenta la relación, aunque breve, vivida por las partes. En: STEDH, 27 de enero de 2015, párrafo 69: “Même si la période en tant que telle est relativement courte, la Cour estime que les requérants se sont comportés à l’égard de l’enfant comme des parents et conclut à l’existence d’une vie familiale *de facto* entre les requérants et l’enfant. Il s’ensuit que l’article 8 de la Convention s’applique en l’espèce.”

³⁷⁹ FARNÓS AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho* 2017, núm. 40, pp. 231-242, p. 236.

³⁸⁰ El TEDH considera inadmisibles definir una duración mínima de vida compartida como elemento necesario para constituir una vida familiar de facto; incluso, recuerda jurisprudencia anterior en la que confirmó la existencia de vida familiar de facto en un supuesto de menor duración de convivencia. No obstante, insiste en que debe tenerse en cuenta la “calidad” del vínculo y las circunstancias de cada caso. En: STEDH, 24 de enero de 2017, párrafo 153.

por las conductas ilegales en que habían incurrido los comitentes, las autoridades nacionales y, con ellas, la mayoría de la Sala, están recurriendo a una distinción obsoleta entre familia “legítima” e “ilegítima”³⁸¹. En la misma línea se pronuncia parte de la doctrina como Farnós Amorós³⁸², o Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm o de la Torre, que se preguntan si el fallo hubiese sido distinto de haber existido vínculo genético³⁸³, criticando el excesivo peso que quizás el TEDH otorgó a la falta de vínculo genético y biológico.

Por otro lado, queda determinar si las autoridades italianas cometieron una injerencia injustificada o no en la vida privada de los comitentes en relación con el 8.2 CEDH. Se concluye que las autoridades italianas actuaron de acorde a la ley y de forma correcta, aplicando la legislación italiana. El Tribunal recuerda que los tribunales italianos aplicaron la norma nacional sobre conflicto de leyes -actuando regidas por el derecho internacional y las normas de conflicto-, que establece que la relación jurídica entre padres e hijos viene determinada por la nacionalidad del menor³⁸⁴. Dado que éste había sido concebido empleando gametos de donantes desconocidos, la nacionalidad del niño lo era también, y lo equiparaban a la situación de un menor extranjero sin padres conocidos³⁸⁵. En consecuencia, la injerencia de las autoridades italianas se considera “prevista por la ley”.

Los factores que tiene en cuenta la Corte para justificar la actuación de las instituciones italianas ante la situación de abandono son: la ausencia de vínculo genético de los comitentes con el menor, y el hecho de que éstos tratasen de transgredir las normas italianas sobre adopción y reproducción asistida trayendo al menor al país³⁸⁶. Se llega a decir que “era necesario poner término a esta situación ilegal, y la única manera de hacerlo

³⁸¹ STEDH, 24 de enero de 2017, Opinión disidente común de los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev, párrafo 3.

³⁸² FARNÓS AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli c. Italia (II)...”, op. cit., p. 237.

³⁸³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E., DE LA TORRE, “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Paradiso y Campanelli c. Italia”, *La Ley N° 49*, Buenos Aires, 13 de marzo de 2017, pp. 6-10.

³⁸⁴ STEDH, 24 de enero de 2017, párrafo 171.

³⁸⁵ STEDH, 24 de enero de 2017, párrafo 172.

³⁸⁶ STEDH, 24 de enero de 2017, párrafo 189: “Cela étant, il ne s’agissait pas d’un cas de maternité subrogée traditionnelle, car l’enfant n’avait aucun lien génétique avec les requérants. La seule certitude avait trait à l’identité de la mère porteuse, qui n’était pas la mère génétique et qui avait renoncé à ses droits sur l’enfant après l’avoir mis au monde. Les parents génétiques demeuraient inconnus. Les requérants étaient dans l’illégalité car, en premier lieu, ils avaient emmené un enfant en Italie sans respecter la loi sur l’adoption (...) En deuxième lieu, l’accord conclu par les requérants avec la société Rosjurconsulting était contraire à la loi sur la procréation médicalement assistée qui interdisait en son article 4 la fécondation assistée hétérologue.”

era separando al menor de los recurrentes -comitentes-³⁸⁷. El Tribunal hace suya la argumentación del tribunal de menores italiano, considerando que, debido a la corta edad del niño y su breve estadía con la pareja italiana, su separación no supondría un daño irreparable³⁸⁸.

La sentencia dictada por el TEDH puede tener efectos disuasorios para aquellos ciudadanos de Estados Miembros que, como Italia, no permiten la gestación por sustitución. Sin embargo, continúa en la misma línea que las sentencias anteriores, no repudia la gestación por sustitución ni niega que desconocer el vínculo a favor de quienes tienen voluntad procreacional, establecido conforme un procedimiento válido en el país donde la técnica se practica, vulnera el derecho a la identidad del niño nacido.

6. CONCLUSIONES.

La gestación por sustitución se trata de un negocio jurídico por el que una de las partes -comitante- acuerda con la otra -mujer gestante- la celebración de un contrato en el cual la segunda parte se compromete a gestar y con posterioridad entregar al menos nacido, renunciado a cualquier derecho que le correspondería como madre, y que puede tener contraprestación económica o carecer de ella.

Como se ha visto, en España nuestro ordenamiento jurídico establece la nulidad de pleno derecho de este tipo de acuerdos -art. 10.1 LTRHA-. Sin embargo, la pluralidad de ordenamientos jurídicos en los diferentes Estados y la libre circulación de las personas –en un mundo cada vez más globalizado-, hacen que cada vez sean más frecuentes las relaciones jurídicas personales se proyecten sobre varios ordenamientos, los cuales pueden conferir respuestas diferentes a una misma situación. Una consecuencia que se produce ante esta situación y la gestación por sustitución es el problema que surge ante el reconocimiento e inscripción registral de la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante este tipo de contratos, que ha sido tratado a lo largo del trabajo, a través de un análisis tanto legislativo como jurisprudencial, siguiendo los pasos de un caso concreto en España. Las formas posibles de resolver jurídicamente este problema que se emplearon fueron varias.

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ STEDH, 24 de enero de 2017, párrafo 190.

En primer lugar sería la solución establecida por el Registro Consular, negándose a la inscripción de los niños, que se ve apoyada por la sentencia núm. 193/2010, al entender que para la inscripción de la filiación sería necesario que el hecho fuese cierto y que fuese conforme con la legislación española siguiendo lo dispuesto en el art. 23 LRC. No se considera que se cumplan ninguno de los requisitos; no obstante, el juez recordaba en varias ocasiones de que la situación de los menores no tenía por qué permanecer sin resolver, pues existen otras vías en nuestro ordenamiento jurídico que permiten regularizar su situación, consiguiendo igualmente el propósito original de aparecer ambos como padres en el Registro.

La interpretación del artículo 23 es problemática y divide a la doctrina. Por un lado, y conforme al tribunal de Valencia, se considera que cuando se refiere a la “legalidad conforme a la Ley española” se refiere a la misma en su totalidad, incluidas normas sustantivas –art. 10.1 LTRHA-; o si, por el contrario la legalidad española está representada por los arts. 81 y 83 RRC y por el ajuste de la certificación extranjera al orden público internacional español en el marco de dichos preceptos. Si bien posteriormente el Tribunal Supremo especificó que aunque no podía tratarse de una legalidad con absoluta conformidad a todas las exigencias de nuestra legislación, sí tenía que respetar el orden público internacional español. Y, ¿qué es el orden público internacional español? Es un mecanismo cuya finalidad es proteger ciertos principios e intereses fundamentales de la sociedad del Estado de destino frente a posibles vulneraciones y efectos nocivos que se produzcan por motivo de una decisión extranjera. Un concepto totalmente indeterminado que ha de ser estudiado caso por caso, y que, como se ha visto, incluso diverge entre las autoridades competentes para una misma situación. En consecuencia sigue sin ofrecerse una solución más o menos común y, en vez de ello, se continúa navegando en un mar de incertidumbres.

La segunda solución es la que presenta el auto de la DGRN del 18 de febrero de 2009, que ordena la inscripción de los niños en virtud del art. 81 RRC, exigiendo un mero control formal del hecho inscrito -no de la realidad material- y su concordancia con el orden público internacional español. Sin embargo, recordemos que este auto tiene el dudoso honor de poner de manifiesto las palmarias deficiencias de nuestro sistema, ignorando la aplicación de normas del Derecho Internacional Privado superiores. De todos modos, uno tres requisitos establecidos en el auto era el control de legalidad

conforme al orden público español, por lo cual esta opción sigue sin arrojar mucha luz al respecto.

Por otro lado, la Instrucción del 15 de octubre de 2010 también permite la inscripción de los nacidos en virtud de la gestación por sustitución en el extranjero, requiriendo una resolución judicial extranjera con el correspondiente exequátur, con excepción de que fuese dictada en jurisdicción voluntaria. El auto resultaba preocupante en cuanto a rigurosidad jurídica, cuyo el procedimiento ad hoc creado no tenía ningún refrendo legal. No se tiene en cuenta, a pesar de la internacionalidad de estas situaciones de gestación por sustitución, la variedad de sistemas jurídicos que forman parte de otros Estados, en los cuales cabe la posibilidad de que no se exija la intervención de una autoridad judicial para determinar la filiación. Y, aunque resulte irrisorio y contradictorio, esta vez se deja de lado el orden público.

Si bien este ha sido criticado en los párrafos anteriores, el problema del mismo no radica en su existencia –pues debe existir- sino en su falta de delimitación en este aspecto, pues, mientras que la DGRN se fija más bien en las consecuencias derivadas de la inscripción de la filiación, los tribunales valencianos y el Tribunal Supremo coinciden en que el art. 10 LTRHA integra el orden público internacional español. Las autoridades no se ponen de acuerdo y están en continua batalla, en la que además se ve también involucrado otro concepto indeterminado como lo es el interés superior del menor.

Esto no se queda aquí, pues el orden público internacional español también está sometido a un “control europeo” cuando está en juego un derecho subjetivo recogido en el CEDH, lo cual no significa que se pierda su carácter nacional –sigue siendo un mecanismo propio-, sino que está sujeto a límites europeos, dado que forma parte de un convenio internacional. Por lo tanto debe ser interpretado en consonancia con el art. 8 CEDH –respeto del derecho a una vida familiar y el derecho a una vida privada- y a las consideraciones que el Tribunal de Estrasburgo realiza, y que parece se muestra favorable a un reconocimiento de la filiación en caso de haber vínculo biológico.

Pero separadamente de haber ratificado el CEDH, España forma parte de la Unión Europea, donde una de sus máximas es la libre circulación de personas intra-UE, que no se puede ver obstaculizada por una negativa de aceptación de situaciones jurídicas relativas a las personas. En este aspecto era bastante esclarecedora la sentencia italiana de la Corte de Apelación de Bari, y, a nivel europeo, parece que en los casos en que el

menor sea considerado “hijo” de determinadas personas por el Derecho de un Estado miembro de la UE y así haya sido inscrito en los Registros de dicho Estado, y con independencia de que el nacido sea doble nacional o no lo sea, resultaría que si se obligara al nacido a ser considerado “hijo” de unas determinadas personas y no de otras, se vulneraría el derecho a la “libre circulación” del nacido en la UE –a pesar de que no exista regulación de la figura de gestación por sustitución a nivel comunitario, pueden ser bastante relevantes aquellas sentencias relativas al derecho a una única identidad y a la libre circulación, como las sentencias García Avello³⁸⁹–.

Por último –y como única esperanza de mejora desde su fecha de entrada en vigor- estaría la solución recogida en la nueva LRC -cercana a la Resolución del 2009, pues ésta había sido redactada mirando cara al todavía proyecto- que acabaría con la discriminación de aquellos Estados en los que los tribunales no intervienen para determinar la filiación. A pesar de ello, entendiendo que seguiría siendo de aplicación la Instrucción de 2010 –y la posterior Circular emitida-, se estaría ante un régimen más flexible en cuanto que la resolución judicial extranjera podría prescindir ahora del exequátur exigido por la Instrucción en los términos establecidos por el art. 96.2 de la nueva LRC.

Independientemente de cuál sea la solución más acertada, el hecho de que existan varias no hace más que poner de relieve la imperiosa necesidad de legislar al respecto, tratando de resolver la inseguridad jurídica que impregna estos casos. La excesiva aparición en todos los casos de conceptos indeterminados legalmente como el orden público y el principio del interés superior del menor, no hacen más que profundizar el problema. Con la amorfa amalgama que es legislación actual no se impide la existencia de resoluciones contradictorias, en un constante tira y afloja entre los tribunales y la propia DGRN. Una previsión explícita sobre qué hacer cuando se tramite la inscripción de una filiación en casos de gestación por sustitución y en concordancia con los dictaminados por el TEDH, ayudaría a frenar la hemorragia legal al respecto, dejando la aplicación del orden público para cuestiones que no tengan que ver con la institución de la gestación por sustitución en sí, así como el interés superior del menor, pues estos ya habrán sido ponderados para la redacción de este hipotético cuerpo legal.

³⁸⁹ Aunque se refiera al principio de inmutabilidad del apellido, se habla de “evitar los riesgos de confusión acerca de la identidad o la filiación de las personas”. STJUE, de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, párrafo 42.

7. BIBLIOGRAFÍA.

- MANUALES, ARTÍCULOS DE REVISTA E INFORMES.

ALBERT MÁRQUEZ, M.M; “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012, sección Doctrina, 22 mayo 2012, año XXXIII, pp. 9-61.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, pp. 5-49.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, 2010, pp. 339–377.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*, pp. 77-90, p. 86. Disponible en: http://www.academia.edu/4494552/Reconocimiento_de_la_filiaci%C3%B3n_derivada_de_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n

ALVAREZ GONZALEZ, S., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, Tomo X, 2010, Iprolex, Madrid, pp. 339-377, p. 347. Disponible en: http://www.academia.edu/1969093/Efectos_en_Espa%C3%B1a_de_la_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_llevada_a_cabo_en_el_extranjero

ALVAREZ GONZALEZ, S., “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XCII, 2016, Tomo I, pp. 227-262.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Nota a la STS 6 febrero 2014”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2014, pp. 272-277.

AMADOR JIMÉNEZ, M., “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, *Revista CS*, núm. 6, julio-diciembre de 2010, pp. 193-217. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=476348369007>

ARCHER, C., “Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights of Children Born or Reproductive Technology”. *Loyola University New Orleans*, 3, 2002.

ATIENZA, M. “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre de 2009, núm. 27, pp. 52-56.

ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cadernos de Direito Actual*, 2017, núm. 6, pp. 313-344.

BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, REDUR 8, diciembre 2010, pp. 25- 37.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil*, 2009, núm. 3, pp. 2117-2119.

BHALLA N, THAPLIYAL M., “Foreigners are flocking to India to rent wombs and grow surrogate babies”, 2013. Disponible en: <http://www.businessinsider.com/india-surrogate-mother-industry-2013-9?IR=T>

BICLET, P., “La gestation pour autrui”, *Médecine & Droit* 2014, 2014, pp. 56–58.

BLANCO-MORALES LIMONES, P. “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, *Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura*, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, “122/000117 Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos”, 8 de septiembre de 2017, núm. 145-1. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

BRINSDEN, P. R., “Gestational surrogacy”, *Human Reproduction Update*, 2003, vol.9, núm. 5 pp. 483-491.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014)” en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil*, Dykinson SL, vol. 6º, 2013-2014, pp. 396-409.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, núm. 2, pp. 45-113.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* , vol.3, núm. 1, 2011, pp. 247–262.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimosexta edición, Comares, Granada, 2016.

CAMARERO GONZÁLEZ, G.J., "Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución", *Diario La Ley*, 2012, núm. 7910, pp. 1-10.

CAMPIGLIO, C., “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 45, 2009, pp. 589-604.

CASTELLANETA M., “Trascrivibile all’anagrafe un provvedimento estero di maternità surrogata”, *Guida al diritto- ilsole24ore*, núm. 5, mayo 2009.

CERDÀ SUBIRACHS, J. “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”. *Diario La Ley*, núm. 4893, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, pp. 1-9.

CHANDRA NEETU SHARMA. "Now Foreigners Can't Hire Wombs in India" 3 de octubre de 2015. Disponible en: <http://www.dailymail.co.uk/indiahome/indianews/article-3259017/Now-foreigners-t-hire-wombs-India.html>

CHEUNG H., “Surrogate babies: where can you have them, and is it legal?”, 2014. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/world-28679020>.

COBACHO GÓMEZ, J., LECIÑENA IBARRA, A. “Comentarios a la Ley del Registro Civil”, *Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi*, 2012, pp. 1331-1346.

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, “Avis N° 110. Problemes ethiques soulevés par la gestation pour autrui.” Disponible en: http://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada", 19 de mayo de 2017. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”. *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, pp. 1-7.

DELCLÓS, T., “¿Puede alquilarse un vientre?”, 27 de julio de 2014. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/07/25/opinion/1406307767_057258.html

DEONANDAN R, GREEN S, VAN BEINUM A., “Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism”, *J Med Ethics*, 2012, 38(12), pp.742–745.

DEONANDAN R., BENTE A., “India’s assisted reproduction bill and the maternal surrogacy industry”, *Int Rev Soc Sci Humanit*, 2012, 4(1) pp. 169–173.

DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, “A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States”, *Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, mayo 2013, pp. 112-113.

DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjerías a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través

de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308.

DURÁN AYAGO, A., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, pp. 280-282.

DURÁN AYAGO, A., “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución”, *Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 2016. Disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>

ECHEBARRÍA SÁENZ, M., *II Congreso Derecho de Familia Internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, 2016.

EMBASSY OF THE UNITED STATES KATHMANDU, NEPAL. "Surrogacy Services are Banned in Nepal", noviembre de 2017. Disponible en: <https://np.usembassy.gov/u-s-citizen-services/child-family-matters/surrogacy-in-nepal/>

ESPINAR VICENTE, J.M., “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de la Ley”. En IGLESIAS BUHIGUES, J. L., “Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea.” 1ª edición. Valencia: *Tirant lo Blanch*, 2012, pp.891.

FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2010, pp. 1-25.

FARNÓS AMORÓS, E., “La filiación de reproducción asistida: voluntad y biología”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 5-61.

FARNÓS AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho* 2017, núm. 40, pp. 231-242.

FERNÁNDEZ-PACHECO, Mª.T., “La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de Baby M.”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5 de mayo de 1988, pp. 647-683.

GARCÍA AMEZ, J. y MARTÍN AYALA, M., “Turismo reproductivo y maternidad subrogada”, *Vol.27 Extraordinario XXVI Congreso 2017*, pp. 200-208.

GODOY VAZQUEZ, Mª. O., “Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los estados miembros en materia de subrogación uterina”, *Bioética y nuevos derechos*, Editorial Comares, 2016, pp. 233-264.

GUGUCHEVA M. “Surrogacy in America”, *Cambridge (MA): Council for Responsible Genetics*, 2010. Disponible en:<http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pagedocuments/kaevej0a1m.pdf>.

HEREDIA CERVANTES, I., "El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro", *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucioncronica-de-un-desencuentro>

HERNANDEZ MORALES, A., "Los españoles ya pueden acceder a la gestación subrogada en Portugal, que la acaba de legalizar", 2 agosto 2017. Disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/08/02/598069dd468aebe70f8b460b.html>

HERNANDEZ RODRIGUEZ, A., "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, Octubre 2014, pp. 147-174.

HINSON, D. S., MCBRIEN, M. "Surrogacy Across America", *Family Advocate*, vol. 34, iss. 2, 2012.

HUALDE MANSO, M. T. "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2012, vol. 1, núm. 10, pp. 35-47.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2012, núm. 5, pp. 365-381.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la TST 835/2013, de 6 de febrero de 2014", *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 400-419.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E., DE LA TORRE, "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Paradiso y Campanelli c. Italia", *La Ley N° 49*, Buenos Aires, 13 de marzo de 2017, pp. 6-10.

KRIARI, I., VALONGO, A., "International issues regarding surrogacy", *The Italian Law Journal* vol. 02, núm. 02, 2016, pp. 331-354. Disponible en: <http://www.theitalianlawjournal.it/data/uploads/pdf/2-2016/331-kriari-valongo-354.pdf>

LAMM, E., "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, vol. 3, julio 2012.

LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013.

LLEDÓ YAGÜE, F., "La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida", *Anuario de Derecho Civil*, 1998, tomo II.

MACKIE, V., "Birth registration and the right to have rights: The changing family and the unchanging koseki", En: CHAPMAN, D., y KROGNESS, K., "Japan's Household

Registration System and Citizenship: Koseki, Identification and Documentation”, *Routledge*, 2014, pp. 203-220.

PÉREZ GÓMEZ, J.M., RUEDA SILVA, D. “La investigación y experimentación genética humana en la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 12/2002, Ed. Aranzadi, 2002.

PEREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Madrid, 2002, pp. 424.

PÉREZ VAQUERO, C., “Diez claves para conocer los vientres de alquiler”, *Noticias Jurídicas*, diciembre 2010. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/>

PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, A Study of Legal Parentage and Issues Arising From International Surrogacy Arrangements, Preliminary Document No. 3 C, marzo 2014.

PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P., “Libertad, igualdad y ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret*, 3/2009, pp. 1-42. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret*, 3/2009, pp. 1-42.

REIS, D., “German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy”. Disponible en: <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/>

RELEGADO TORRES, M. D., “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, *Femeris*, vol. 2, No. 2, pp. 10-34.

SAHUQUILLO, MARIA R. "Grecia permite recurrir a la gestación subrogada a dos parejas españolas", 15 de diciembre de 2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/14/actualidad/1450114667_047982.html

SALAS CARCELLER, A., “Sobre las relaciones entre la compañera de la madre biológica con el hijo de ésta concebido por inseminación artificial”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011 (parte tribuna). Pamplona, 2011.

SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 99, mayo-agosto 2017, pp. 79-120.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, *Revista Humanidades Médicas*, 2010, núm. 49, pp. 1-31.

SARANGI, A., “Commercial Surrogacy in India”, *Featured, Science & Technology, Society*, 21 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/78483/1/Engenderings%20%E2%80%93%20Commercial%20Surrogacy%20in%20India.pdf>

SOUTO GALVÁN, B. “Aproximación al estudio de la Gestación de Sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas Sociales*, Madrid, Nueva Época, núm. 1/2005, pp. 275-292.

TRIMMINGS K. y BEAUMONT P., “International surrogacy agreements: an urgent need for legal regulation at the international level”, *Journal of Private International Law*, 7:3, pp. 627-647.

VELA SÁNCHEZ, A. J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012.

VELA SÁNCHEZ, A.J., "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011", *Diario La Ley*, 2012, núm. 7815, pp. 1 -15.

VELA SÁNCHEZ, A.J., "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 ", *Diario La Ley*, noviembre 2014, núm. 8415, pp. 1 -13.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho”, *Diario La Ley*, núm. 8055, 2013.

VELARDE D’AMIL, Y., “Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: no inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución.”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, Revista sobre la infancia y la adolescencia, 3, 61- 70 - Septiembre 2012, pp. 61- 70.

VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, 2014, núm. 14, pp. 897-931.

- LEGISLACIÓN

Alemania, Bürgerliches Gesteztbuch (BGB). Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

Alemania, Ley de protección del embrión, núm. 745/90, de 13 de diciembre de 1990. Publicada en el Bundesgesetzblatt, 1º parte, del 19 de diciembre de 1990, núm. 69.

Constitución Española, BOE núm. 311, de 29/12/1978.

Convención sobre los derechos del Niño, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897- 38904.

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. BOE núm. 296, de 11/12/1958.

Dirección General de los Registros y del Notariado, Circular-Informe el 11 de julio de 2014.

Dirección General de los Registros y del Notariado, Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE núm. 243 de 7 octubre 2010, pp. 84803-84805.

Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución RJ 2009/1735 de 18 febrero 2009.

Estado de California de los Estados Unidos de América, California Assembly Bill 1217, 23 de septiembre de 2012.

Estado de California de los Estados Unidos de América, California Assembly Bill 1396, 27 de septiembre de 2017.

Francia, Code Civile, versión consolidada del 3 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

Francia, Code Pénal. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>

Grecia, Ley de Reproducción Humana Médicamente Asistida 3089/2002.

Israel, Ley de Acuerdos sobre la Gestación de Fetos (5756/1996) de 17 de marzo de 1996.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE, núm. 7, de 08/01/2000.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54068-54201.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 175, de 22/07/2011.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 180, de 29/07/2015.

Ley 29/2015, de 30 de 3 julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

Ley 3/ 2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, BOE núm. 65, de 16/03/2007, pp. 11251- 11253.

Ley de 8 de junio de 1957 sobre el registro Civil. BOE núm. 151, de 10/06/1957.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE, núm. 281, de 24/11/1995.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE, núm. 157, de 02/07/1985.

Portugal, Decreto Regulamentar núm. 6/2017, de 31 de julho. Disponible en: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2728&tabela=leis&ficha=1&pagina=1core

Portugal, Lei nº 25/2016, de 22 de agosto, que regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei núm. 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). Disponible en: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&ficha=1&pagina=1

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE núm. 206, de 25/07/1889.

Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. BOE, núm. 36, de 5/02/1881, pp. 326-329.

Reino Unido, Humans Fertilisation and Embryology Act. 2008. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

Reino Unido, Surrogacy Arrangements Act. 1985. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>

Rusia, Código de Familia de Rusia. Disponible en: <http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf>

Ucrania. Código de Familia de Ucrania, en vigor 1/1/2004. Disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/4c4575d92.pdf>

- JURISPRUDENCIA

Alemania. Caso Verwaltungsgericht Berlín, del 26 de noviembre de 2009, VG 11 L 396.09.

Alemania. Corte Federal Alemana de Justicia –BGH–, sentencia de 10 de diciembre de 2014.

Audiencia Provincial de Valencia, sentencia núm. 949/2011 de 23 de noviembre de 2011.

Francia. Corte de Apelación de Douai, sentencia de 14 de septiembre de 2009.

Francia. Corte de Apelación de París, sentencia de 18 de marzo de 2010.

Francia. Corte de casación (Primera Cámara de lo Civil), sentencia de 6 de abril de 2011, demanda núm. 370.

Italia. Corte de Apelación de Bari, 13 de febrero de 2009.

Italia. Corte de Casación sección I Civil, 11 de noviembre de 2014, núm. 24001.

Italia. Tribunal de Forlì, 26 de octubre de 2011.

Juzgado de la Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia núm. 948/2011 de 23 de octubre de 2011.

Juzgado de primera instancia de Valencia núm. 15, sentencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre.

Tribunal Constitucional del Portugal. Acórdão n.º 225/2018, Processo n.º 95/17, 24 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/imprensa02-bd4453.html>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 19 de enero de 2017, demanda núm. 44024/13.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 21 de julio de 2016, demandas núm. 9063/14 y 10410/14.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 24 de enero de 2017, demanda núm. 253558/12.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 24 de junio de 2014, demanda núm. 65941/11.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 27 de enero de 2015, demanda núm. 253558/12.

Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), Sentencia 247/2014 de 6 de febrero de 2014.

Tribunal Supremo (Sala 4º Pleno), Sentencia 881/2016 de 25 de octubre de 2016.

Tribunal Supremo (Sala 4º Pleno), Sentencia 953/2016 de 16 de noviembre de 2016.